

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/148558>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

1555

# HYPOTHEEK EEN ZAKELIJK RECHT

J.B.M. ROES



# HYPOTHEEK EEN ZAKELIJK RECHT



*Promotor: Prof. Mr. W. C. L. van der Grinten*

# HYPOTHEEK EEN ZAKELIJK RECHT

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR IN DE  
RECHTSGELEERDHEID AAN DE KATHOLIEKE  
UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN  
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS  
MR. W. C. L. VANDER GRINTEN  
HOOGLERAAR IN  
DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID  
VOLGENS BESLUIT VAN DE SENAAT  
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP 30 OKTOBER 1970  
DES NAMIDDAGS TE 4 UUR

DOOR

JAN BERNARD MARIE ROES

GEBOREN TE WINSEN

NV UITGEVERSMAATSCHAPPIJ  
S. GOUDA QUINT - D. BROUWER & ZOON  
ARNHEM

ISBN 90 6000 057 9

# Inhoud

## INLEIDING

### I. DE TOTSTANDKOMING VAN HET RECHT VAN HYPOTHEEK

1. De wettelijke eisen 9
2. Drie onderscheiden fasen — Terminologie 9
3. De hypotheekbelofte 10
4. De hypotheekverlening 16
5. Inschrijving der hypotheek 23
6. Conclusie 26
7. Regeling in het Ontwerp-B.W. 27
  - a. Algemeen 27
  - b. Totstandkoming van een hypotheek 29
  - c. Inschrijving – Openbare registers 33
  - d. Conclusie 35

### II. DE TWEE PREFERENTIES IN HET ZAKELIJK RECHT VAN HYPOTHEEK

1. Inleiding 36
2. Het zakelijk aspect van het recht van hypotheek 38
3. De bevoorrechte plaats onder de crediteuren 43
4. Het hypotheekrecht bevat beide aspecten 50
5. Het Ontwerp-B.W. 53

### III. HYPOTHEEK EN ANDERE RECHTEN OP HETZELFDE GOED

1. Inleiding 55
2. Rechten ontstaan voor de hypotheek 56
  - a. Persoonlijke rechten 56
  - b. Zakelijke rechten 64
  - c. Kwalitatieve plichten 66
  - d. Kwalitatieve rechten 66
  - e. Toch uitwinning van volle eigendom? 67
  - f. Vermenging 69
3. Rechten tot stand gekomen na de hypotheek 74
  - a. Persoonlijke rechten 75
  - b. Zakelijke rechten 77
  - c. Het Ontwerp-B.W. op dit punt 84
  - d. Slotopmerking voor het huidige recht 85

### IV. HYPOTHEEK EN HUUR

1. Geschiedenis 87
2. Literatuur en jurisprudentie 92

3. De werking van art. 1230	94
4. Enige andere aspecten van het huurbeding	102
5. Conclusie	105
6. De regeling in het Ontwerp-B.W.	106
V. RECHTEN VAN HYPOTHEEKHOUDER EN KOPER BIJ UITWINNING	
1. Inleiding	110
2. Rechten van de hypotheekhouder	112
3. Rechten van de koper	120
4. Regeling in het Ontwerp-B.W.	123
VI. RANGWIJZIGING EN RANGWISSELING	
1. Inleiding	127
2. Lichten van hypotheke	129
3. Rangwisseling tussen hypotheke en andere zakelijke rechten	138
4. Regeling in het Ontwerp-B.W.	143
RÉSUMÉ	153
ENIGE AFKORTINGEN	158
BELANGRIJKSTE VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR	159
JURISPRUDENTIEREGISTER	162



# Inleiding

Voortdurend heeft men getracht de wetgeving ten aanzien van het hypotheekrecht te verbeteren, zo stelt Van Oven terecht in zijn Asser-bewerking<sup>1</sup> bij de aanvang van de behandeling van het hypotheekrecht. Inderdaad heeft de serie pogingen tot herziening en verbetering van ons hypotheekrecht – geheel of partieel – een indrukwekkende omvang aangenomen. Wij kennen een wetsontwerp uit 1860, ontwerpen van staatscommissies uit 1870, 1898, 1916 en 1929 en daarnaast nog twee ontwerpen van beperkte strekking van particuliere zijde, verschenen in 1922 van de hand van Dr. Ph. B. Libourel, notaris te Delft, en in 1924 uitgaande van de Vereniging van Directeuren van Hypotheekbanken.<sup>2</sup>

Tot wezenlijke wijzigingen of verbeteringen heeft dit alles echter niet geleid. Behoudens een enkele incidentele toevoeging, enige vernieuwingen van alle of een gedeelte der hypothecaire inschrijvingen en een tweetal tijdelijke regelingen welke wijziging brachten in het hypotheekrecht, bleef alles bij het oude.

Duidelijk blijkt evenwel, dat door de jaren heen de overtuiging heeft geleefd, dat onze wetgeving betreffende het hypotheekrecht herziening behoeft.

Men heeft getracht deze te bereiken in ruimer verband – verschillende van de staatscommissie-ontwerpen – en men heeft het gezocht in verbeteringen op beperkte schaal – het ontwerp-1929 en de beide particuliere ontwerpen.

Kennelijk is er in ons hypotheekrecht een aantal punten, dat steeds weer tot problemen aanleiding geeft en om herziening roept. Enige daarvan krijgen eerst in wijder verband het vereiste perspectief.

Wanneer echter al deze pogingen niet tot resultaat hebben geleid, terwijl toch ‘zóveel scherpzinnigheid is besteed aan de mogelijkheden en wenselijkheden op legislatief gebied’, dat het slechts zelden mogelijk is een opmerking te maken die niet in een van de vele ontwerpen is te vinden<sup>3</sup>, en terwijl mede n.a.v. deze ontwerpen reeds zoveel geschreven is over hypotheekrecht, waarom dan toch wederom een studie van het hypotheekrecht aangevat? De reden is de volgende.

Bij een oriënterend bestuderen en overdenken van de onderwerpelijke materie drong zich de gedachte op, dat een aantal problemen uit het hypotheekrecht is terug te voeren op het feit dat het recht van hypotheek weliswaar een zakelijk recht is, maar geen zakelijk genotsrecht, doch een zakelijk zekerheidsrecht dat voorrang verschaft en niet op zichzelf kan bestaan, maar accessoir is.

Men krijgt de indruk, dat daarom het recht van hypotheek veelal als een recht van geheel eigen aard en karakter wordt beschouwd, zonder dat voldoende aandacht wordt geschonken aan het feit dat het een zakelijk recht is *met* de andere

1 Asser-Van Oven, p 122

2 Zie de overzichten van Leopold, preadvies N.J.V. 1930, p 2/3 en Asser-Van Oven, p 123

3 Aldus citeer en parafraseer ik met instemming Leopold, preadvies N.J.V. 1930, p 3

zakelijke rechten. Historisch moge dit verklaarbaar zijn, wenselijk is het veelal niet en menigmaal leidt het onnodig tot problemen.

Wanneer het recht van hypotheek meer wordt gezien in het kader van het geheel van zakelijke rechten en daarbij aandacht wordt geschonken aan het feit dat in het recht van hypotheek twee preferenties een rol spelen: de crediteurenpreferentie en de *préférence* welke eigen is aan het zakelijk recht, zónder dat de eerste in de tweede opgaat, komt een aantal problemen in een helderder licht te staan en kan hiervoor een oplossing worden gevonden. In sommige gevallen zal dit alleen mogelijk zijn door middel van wetswijziging, op andere punten zou echter ook onder het huidige recht met een benadering als hiervoor bedoeld reeds veel te bereiken zijn.

De belangrijkste idee achter deze studie is deze overtuiging geweest; het is vooral in dit licht, dat op een aantal kwesties uit het hypotheekrecht nader wordt ingegaan.

Bovendien: ook thans ligt er wederom een wetsontwerp voor ons, dat mede een herziening van het hypotheekrecht inhoudt. In dit ontwerp dat – naar de mededeling van de ontwerper – wat betreft het hypotheekrecht steunt op het ontwerp-1929 dat op zijn beurt op vele punten overeenkomst vertoont met het ontwerp-1916, meen ik de richting waarin mijn gedachten gaan terug te vinden. Dit vormde een belangrijke stimulans enige punten nader uit te werken, vooral ook omdat mijns inziens het Nieuwe B.W. deze lijn dient door te trekken.

Vanuit de hiervoor aangegeven grondgedachte is het begrijpelijk, dat de vraag naar de aard van het hypotheekrecht aan de orde komt, in het bijzonder met het oog op de beide preferenties, en dat verder een belangrijk deel van deze studie handelt over het recht van hypotheek in verhouding tot andere zakelijke rechten. Ook de persoonlijke rechten komen ter sprake, met als bijzonder recht het recht van huur dat naar zijn aard tussen de persoonlijke en de zakelijke rechten in staat. In aansluiting daarop wordt gesproken over de mogelijkheden van rangwisseling tussen hypotheeken en andere rechten. In verband daarmee wordt voorts aandacht geschonken, niet alleen aan de rechten van de hypotheekhouder bij uitwinning, maar ook aan die van de koper. Aan het slot komt een onderwerp ter sprake, dat op het eerste gezicht alleen betrekking heeft op hypotheeken: het zogenaamde lichten. Bij nadere beschouwing zal deze figuur en de daarmee samenhangende problematiek blijken nauw aan te sluiten op het voorgaande en ook te moeten worden gezien in het licht van de boven ontwikkelde gedachtengang.

Een en ander wordt voorafgegaan door een hoofdstuk over de totstandkoming van het recht van hypotheek, omdat het gezien de meergenoemde gedachtengang nuttig voorkomt, aandacht te schenken aan het feitelijk en juridisch gebeuren bij het totstandkomen van een hypotheek.

Het is dus verre van een volledige studie over het hypotheekrecht, terwijl ook op grond van de voor de keuze der onderwerpen gegeven fundering nog andere onderwerpen zouden kunnen worden besproken. Teneinde binnen redelijk bestek te blijven leek beperking echter geboden.

# I. De totstandkoming van het recht van hypotheek

Wanneer in dit eerste hoofdstuk aandacht wordt geschonken aan de wijze waarop een recht van hypotheek tot stand komt, geschiedt dit vooral met het oog op de vraag of dit wordingsproces in overeenstemming is met het ter zake van vestiging van zakelijke genotsrechten geldend systeem.

De onderscheiden fasen van de totstandkoming worden afzonderlijk besproken. Daarbij is met name wat betreft de eerste fase, die welke aan de akte van hypotheekverlening voorafgaat, ook aandacht geschonken aan de feitelijke gang van zaken in de praktijk.

## 1. DE WETTELIJKE EISEN

Art.1217 zegt, dat de hypotheek alleen bij notariële akte kan worden verleend, uitgezonderd in door de wet uitdrukkelijk genoemde gevallen. Uit lid 3 van dat artikel blijkt voorts dat een verplichting tot hypotheekverlening reël executabel is. Het vonnis vervangt dan de verlening.

Art.1224 bepaalt, dat de inschrijving van hypothecaire verbanden moet geschieden in de daartoe bestemde openbare registers op straffe van krachteloosheid van de hypotheek.

Art.1219 geeft een regel omtrent de inhoud van de hypotheekakte, en art.1231 schrijft voor hoe de inschrijving moet geschieden en wat het borderel—het middel van inschrijving—moet bevatten.

Nergens wordt voor de totstandkoming van een hypotheek ‘titel en levering’ geëist. Nergens vindt men bepaald, dat verlening moet berusten op een geldige titel. Over de titel wordt slechts gesproken in art.1231, waar onder andere bepaald is, dat de titel van de hypotheek in het borderel moet worden genoemd. Hier wordt echter bedoeld op de notariële akte van verlening, of op het vonnis van art.1217 lid 3.

De wet laat zich omtrent de titel als rechtsfeit dat tot verlening verplicht, of zo men wil: de verplichting tot verlening, slechts uit in het reeds genoemde derde lid van art.1217. Daar wordt gesproken over een ieder die uit kracht der wet of krachtens een overeenkomst verplicht is hypotheek te stellen.

## 2. DRIE ONDERSCHIEDEN FASEN-TERMINOLOGIE

In het wordingsproces van een recht van hypotheek kunnen drie fasen onderscheiden worden. Te weten: hetgeen ligt vóór de notariële akte, de notariële akte en de inschrijving in de openbare registers.

Zoals reeds vaker betoogd<sup>1</sup> blijkt het niet mogelijk deze fasen aan de hand van de wetsteksten te benoemen. In de literatuur worden voor deze fasen niet altijd dezelfde termen gebruikt.

In overeenstemming met de meest gevolgde methode wordt in het navolgende de eerste fase veelal aangeduid als: hypotheekbelofte, doch ook wel als hypotheekbeding. Dit hangt af van welke zijde zij beschouwd wordt, vanuit het standpunt van de hypotheekgever of van de hypotheeknemer. Een enkele maal zal ook gesproken worden over de overeenkomst tot hypotheekverlening. Tenslotte wordt, wanneer het resultaat van de eerste fase aan de orde is, gesproken over de verplichting tot hypotheekverlening.

Verwarring met de tweede of derde fase is niet te vrezen. Deze immers worden steeds aangeduid als hypotheekverlening (de akte), respectievelijk hypotheekvestiging (de inschrijving).

Hierbij moeten twee punten goed in het oog gehouden worden. Vooreerst mag men met de gekozen terminologie niet de wetstekst interpreteren. Dit volgt duidelijk uit het hiervoor gestelde; het gebruik dat de wetgever van deze termen maakt is te willekeurig. Het Ontwerp-B.W. brengt hierin verbetering.<sup>2</sup>

Verder valt het op dat met betrekking tot de andere zakelijke rechten in jurisprudentie en literatuur aan de terminologie op dit punt nauwelijks aandacht wordt geschonken.<sup>3</sup> De oorzaak hiervan is waarschijnlijk, dat over de totstandkoming van die rechten minder discussie heeft plaatsgehad.

Het gekozen gebruik van de termen hypotheekverlening en hypotheekvestiging vindt men reeds in een arrest van de Hoge Raad uit 1870<sup>4</sup> zij het op grond van een algemeen niet sterk geachte redenering. De Hoge Raad baseerde zich namelijk op een wetstekst die juist niet uitmunt door duidelijkheid op dit punt. Met de conclusie kan men niettemin instemmen en de terminologie is zeer wel bruikbaar.

### 3. DE HYPOTHEEKBELOFTE

Allereerst enige aandacht voor het feitelijk en juridisch gebeuren in de praktijk.<sup>5</sup> Een hypotheek is altijd accessoir.<sup>6</sup> Dit komt ook tot uiting bij de totstandkoming.

1. Men behoeft hier slechts de eerste de beste behandeling van het hypotheekrecht op na te slaan. Vgl. reeds Diephuis 1848, V, p.606, no.915. Vgl. in dit verband ook de Toelichting op het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek p.282 ad art 3 9 4.2, waar Meijers erop wijst dat in het Ontwerp op dit punt orde is geschapen

2. Vgl. Toelichting, p 282.

3. Het Ontwerp-B.W. brengt slechts bij hypotheek verbetering

4. H.R. 28-10-1870, W.3265.

5. Vgl. voor een methode van onderzoek waarbij het feitelijk gebeuren wordt nagegaan en daaraan de juridische consequenties worden vastgeknoot bijv. Asser-Beekhuis I, p.152 bij de weerlegging van de door van der Ploeg in W.P.N.R. 3999 e.v. en 4142 e.v. inzake de zakelijke overeenkomst verdedigde opvatting.

6. Vgl. hiervoor naast de gebruikelijke handboeken met name de dissertaties van A.F. Visser, *Crediet- en Bankhypotheek*, Leiden 1922 en A. Russchen, *Crediet hypotheeken*, Groningen 1955 en besprekingen van het laatste door genoemde Mr. A.F. Visser (van IJzendoorn) in R.M. Themis 1956 p.397 e.v., zie ook W.P.N.R.4431 en G.J. Scholten in W.P.N.R. 4462

Vgl. voorts H.R.25-2-1955, N.J.1955, no. 711.

Men kan deze eis strenger of minder streng hanteren, doch altijd zal het tot stand komen van een hypotheek verband houden met een schuld of een mogelijk te ontstane schuld. Het vragen van hypothecaire zekerheid door de (toekomstige) schuldeiser zal niet op zichzelf staan, evenmin het aanbieden van hypothecaire zekerheid door de toekomstige schuldenaar. Het zal meestal plaatshebben in het kader van onderhandelingen over die schuld of over de rechtsverhouding waaruit die schuld kan voortvloeien.

Gewoonlijk komt men overeen een lening te zullen verstrekken of te verlengen onder beding dat de andere partij hypothecaire zekerheid zal verschaffen. Deze fase zal praktisch altijd aan de verlening en vestiging van een hypotheek voorafgaan, en van de totstandkoming van het recht van hypotheek het eerste onderdeel vormen.

Ter voldoening aan de aldus ontstane verplichting wordt feitelijk de lening verstrekt, de overeenkomst van geldlening gesloten of het krediet geopend en moet degene die de hypotheek toezegde, of van wie de hypotheek werd bedongen, ervoor zorg dragen dat zij tot stand komt. De daartoe te vervullen formaliteiten worden door de wet aangegeven. Er dient een notariële akte te worden verleden, waarbij de hypotheek wordt verleend. Deze hypotheek moet vervolgens in de openbare registers worden ingeschreven waartoe de borderellen—gewoonlijk omschreven als zakelijke uittreksels uit de hypotheekakte—ten hypotheekkantore worden aangeboden.

In het kader van de onderhandeling zal ook worden onderzocht en bepaald welke goederen met hypotheek zullen worden bezwaard. Er is wel beweerd dat dit eerst bij de hypotheekakte het geval is.<sup>1</sup> In een enkel uitzonderingsgeval mag dit zo zijn, en ook zullen niet altijd de te belasten goederen nauwkeurig worden aangewezen, over het algemeen zal echter vóór het verlijden van de hypotheekakte gesproken kunnen worden van een bepaaldheid in dit opzicht.

Indien er meer dan voldoende potentieel onderpand aanwezig is, zal misschien aan de hypotheekgever worden overgelaten te bepalen welke van die goederen hij met hypotheek zal bezwaren. Dit is echter hoge uitzondering en ook in die gevallen zal overeengekomen zijn dat goederen ter waarde van een bepaald minimumbedrag verbonden moeten worden. Daarbij zal het zeker niet aan de hypotheekgever zijn overgelaten uit te maken welke waarde aan de betrokken goederen moeten worden toegekend.

De omvang van de lening, de grootte van de schuld of het krediet zal als regel afhankelijk zijn van de waarde van het onderpand. In het geval dat dit niet zo is, zal uitdrukkelijk hieromtrent worden overeengekomen of zal zonder meer alle beschikbaar onderpand moeten worden verbonden.

In enkele gevallen is de toedracht enigszins anders. Een belangrijke categorie wordt gevormd door hypotheeken ten gunste van minderjarigen of andere per-

1 Zie hierna p 17



sonen die niet het vrije beheer hebben over hun goederen. Wordt bijv. bij een scheiding aan een minderjarige een bedrag schuldig gebleven wegens overbedeling, dan zal de kantonrechter, wiens fiat in dergelijke gevallen vereist is, zakelijke zekerheid kunnen eisen alvorens het ontwerp goed te keuren.

Men zou dit kunnen uitleggen als een goedkeuring onder de verplichting zakelijke zekerheid te stellen. Aldus gezien steunt de hypotheek niet op partijwil en past zij niet in het boven geschetste patroon. Het komt echter beter met het feitelijk gebeuren overeen, indien wij deze figuur interpreteren als een door de kantonrechter gestelde voorwaarde: gij moet anders overeenkomen, wilt gij mijn goedkeuring verwerven. De tekst van art.1121 lid 1 wijst ook in die richting. Aldus gezien ontstaat een figuur welke wel past in bedoeld patroon en vormt het geval geen uitzondering.

Verder kennen wij de beheershypotheek door voogd, curator of bewindvoerder. Deze steunt op een door de kantonrechter op grond van art.363 boek I gegeven bevel. Volgens dit artikel kan de kantonrechter ten alle tijde bevelen dat de voogd zekerheid stelt voor zijn bewind. Hij stelt het bedrag en de aard van de zekerheid vast. Dit kan uiteraard hypotheek zijn. Een dergelijke hypotheek steunt in ieder geval niet op een beding of een belofte bij een meeromvattende contractuele verhouding. Zij is niet van partijwil afhankelijk.

Een speciaal geval vormt ook de zekerheidstelling door de vruchtgebruiker als bedoeld in art.831.<sup>1</sup> Ligt aan de vestiging van het vruchtgebruik een contractuele verhouding ten grondslag, bijv. een overeenkomst, dan zal bij het tot stand komen van die overeenkomst de verplichting van art.831 tevens onderwerp van bespreking uitmaken. Er zal al dan niet vrijstelling worden verleend van die verplichting. Indien dit niet het geval is, zal in principe de vruchtgebruiker de keuze hebben van de te stellen zekerheid.<sup>2</sup> Voor de hand ligt echter dat dit onderling wordt bepaald, zodat in feite de keuze niet aan de vruchtgebruiker alleen is. Bij onenigheid zonder toegeven van een van beide zijden, zal de gehele overeenkomst afstuiten.

Berust de vestiging van het vruchtgebruik bijvoorbeeld op een legaat, en is geen vrijstelling verleend, dan zal art.831 rechtstreeks de verplichting tot zekerheidstelling doen ontstaan. De vruchtgebruiker zal dan de keuze hebben, terwijl bij geschil rechterlijke tussenkomst vereist is.<sup>3</sup>

Daarnaast kan zich een geheel ander geval voordoen, dat afwijkt van de gebruikelijke gang van zaken. Het is niet uitgesloten dat niet als onderdeel van een meeromvattende contractuele verhouding, doch geheel op zichzelf staand de afspraak wordt gemaakt voor bijvoorbeeld een bestaande schuld of een bestaand krediet hypothecaire zekerheid te geven. Dit geval zal zich slechts zelden voor-

1. Soortgelijk is ook de zekerheidsstelling bij beneficiaire aanvaarding (art.1081).

2. Aldus Asser-Beekhuis II, p.345, Hofmann, p.372.

3. Asser-Beekhuis II, p. 345, Hofmann, p. 372.

doen. Immers gewoonlijk zal in dergelijke gevallen hypothecaire zekerheid worden overeengekomen, omdat de continuatie van het krediet of de lening van het verstrekken van hypothecaire zekerheid afhankelijk wordt gesteld, of zal het verzoek om zekerheid berusten op een bij het sluiten van de lening of het openen van het krediet gemaakt beding, dat hypothecaire zekerheid zal worden gegeven zodra de crediteur dit wenst.<sup>1</sup> Een dergelijke figuur kan niet als uitzondering worden aangemerkt.

In het zeer bijzondere geval, dat zonder verplichting vooraf en zonder onderhandeling omtrent verlenging of iets dergelijks, geheel vrijwillig overeengekomen wordt voor een bestaande schuld of bestaand krediet hypothecaire zekerheid te verstrekken, zal gezegd kunnen worden, dat de afspraak op zichzelf staat.

Tenslotte kan in dit verband genoemd worden de derdenhypotheek, de regelmatig voorkomende zakelijke parallel van de persoonlijke borgtocht. Hier kan niet zonder meer gesproken worden van een onderdeel van een meeromvattende contractuele verhouding, welk onderdeel tot hypotheekverlening verplicht.

Men kan bij deze figuur te doen hebben met een drie-partijencontract, waarbij door de crediteur of aanstaand crediteur hypotheek wordt bedongen, terwijl een derde zich tegenover de debiteur zowel als tegenover de crediteur verplicht die hypotheek te verschaffen. In de meeste gevallen zal dit de gang van zaken zijn.

Men zou zich echter ook kunnen voorstellen, dat er twee overeenkomsten zijn. Een tussen crediteur en debiteur, waarbij de eerste een bepaalde hypothecaire zekerheid bedingt, en één tussen de debiteur en de derde, waarbij de laatste zich verplicht de van de eerste bedongen zekerheid te verschaffen. Doorgaans zal deze scheiding echter moeilijk te maken zijn.<sup>2</sup> Tenslotte is het niet geheel uitgesloten, dat in een bepaald geval de derdenhypotheek steunt op een op zichzelf staande afspraak tussen de aanstaande hypotheekgever en de crediteur.<sup>3</sup>

De korte analyse van wat de praktijk te zien geeft, leidt tot de conclusie, dat in het merendeel der gevallen geen sprake is van een afzonderlijke overeenkomst tot het verlenen van een hypotheek. Meestal zal de verplichting tot hypotheekverlening berusten op een beding bij wat wij omschrijven als een meeromvattende contractuele verhouding, meestentijds een overeenkomst. Dit kan zijn een voorovereenkomst tot het aangaan van een geldlening of kredietovereenkomst. Het kan ook de geldlening zelf zijn<sup>4</sup>, of een koopovereenkomst waarbij de koopsom wordt schuldig gebleven. Ook kan het zijn een overeenkomst om op een bepaalde wijze te scheiden en te delen, om slechts een aantal voorbeelden te noemen.

1 Aan een dergelijk beding wordt gewoonlijk gekoppeld een negatieve hypotheekverklaring en vaak ook een volmacht tot hypotheekverlening.

2. Deze situatie vertoont enige overeenkomst met het geval dat A verkoopt aan B, doch C de leveringsverplichting nakomt.

3. Vgl. Asser-Kamphuisen, p. 763, borgtocht is overeenkomst tussen crediteur en borg.

4. Hier kan samenvval van rechtsmomenten optreden, te weten samenvval van de hypotheekbelofte en de uitvoering daarvan, de verlening. Deze kunnen echter gescheiden worden. Vgl. ook Asser-Van Oven, p. 134 en inzake eigendomsoverdracht: Asser-Beekhuis I, p. 152.

Een hypotheekbelofte of hypotheekbeding kan wat dit punt betreft vergeleken worden met een bij een koopovereenkomst gemaakt beding een erfdienstbaarheid te zullen vestigen bij het transport.<sup>1</sup>

Het is onjuist in deze gevallen de hypotheekbelofte als zelfstandige overeenkomst te stellen naast de bedoelde contractuele verhouding. Evenmin kan de hypotheekbelofte gesteld worden tegenover bijv. de belofte geld ter leen te zullen verstrekken, als waren het twee polen van een wederkerige verbintenisscheppende overeenkomst.

Hier ligt de oorsprong van de misvatting dat de hypotheekbelofte opzich zelf een voorovereenkomst zou zijn, een pactum de contrahendo, of dat zij op zich zelf een obligatoire overeenkomst zou opleveren, een overeenkomst tot het aangaan van een 'zakelijke overeenkomst'.<sup>2</sup> Dit laatste zal slechts in enige uitzonderingsgevallen juist zijn.<sup>3</sup> De belofte leidt wel tot de verplichting de hypotheek te verlenen, zoals ook een obligatoire overeenkomst leidt tot de verplichting een zakelijk recht te vestigen of een onroerend goed over te dragen, maar daarom is zij nog geen obligatoire overeenkomst. Wel kan met vrucht gesteld worden dat de hypotheekbelofte gewoonlijk een onderdeel is van een obligatoire overeenkomst.<sup>4</sup>

Daarmede is ook een standpunt ingenomen ten aanzien van de vraag of een dergelijke hypotheekbelofte bindend is zonder uitdrukkelijke aanvaarding. De belofte is afhankelijk van de overeenkomst waarvan zij een onderdeel vormt; een expliciete aanvaarding is niet vereist. Wordt de hoofdverplichting van de betrokken overeenkomst uitgevoerd, dan zal ook de hypotheek verleend moeten worden. Is dit niet het geval dan kan ook van hypotheekverlening geen sprake zijn; waaraan zou de hypotheek in dat geval accessoir zijn? De hiervoor getrokken parallel met een belofte of beding tot vestiging van een erfdienstbaarheid bevestigt deze redenering.

Slechts in een enkel geval—zo wijst de praktijk-analyse verder uit—zal de verplichting van de (aanstaande) debiteur hypotheek te verlenen aan de (aanstaande)

1 Vgl. Asser-Beekhuis II, p. 244/245 inzake de titel bij vestiging van een erfdienstbaarheid 'Dit behoeft niet een zelfstandige overeenkomst te zijn, dikwijls zal zij zijn opgesloten in een koopovereenkomst' (p. 245).

2. Vgl. hetgeen Rutten hierover opmerkt Asser-Rutten II, p. 53: 'Een algemene opmerking vooraf. Vele schrijvers betrekken, wanneer zij over de vorm van de voorovereenkomst spreken, daarin zonder nadere verklaring ook de overeenkomst, waarbij men zich verbindt hypotheek te verlenen. Dit is echter een obligatoire overeenkomst waarbij men zich verbindt om een zakelijke overeenkomst aan te gaan.'

3. Ofschoon het niet met even zovele woorden staat geeft de in noot 2 geciteerde passage van Rutten de indruk dat zij als regel een afzonderlijke overeenkomst de bron vormt voor de verplichting tot hypotheekverlening, iets wat wij juist als uitzondering beschouwen.

Meerdere schrijvers schijnen nagenoeg impliciet en soms als vanzelfsprekend van hetzelfde uit te gaan. Zie bijv. Asser-van Oven p. 134. '... met betrekking tot het ontstaan van een recht van hypotheek kan men n.l. ... verschillende rechtsmomenten onderscheiden, t.w. de obligatoire overeenkomst, waarbij men zich verbindt tot hypotheekverlening.'; p. 145 terloops waar hij de verlening, de 'zakelijke overeenkomst' bespreekt, zie ook p. 147 inzake art. 1217 'Het normale geval is uiteraard, dat deze verplichting (tot hypotheekstelling, R.) uit een overeenkomst voortvloeit.'

Vgl. ook Asser-Scholten, p. 479.

4. Misschien moeten de in noot 3 aangehaalde passages in die zin verstaan worden.

crediteur berusten op een tussen deze beide gesloten zelfstandige overeenkomst, waarbij de verplichting tot hypotheekverlening hoofdonderwerp is.<sup>1</sup> Deze figuur kan als obligatoire overeenkomst worden aangemerkt.

Verder zal bij een derdenhypotheek eventueel gesproken kunnen worden van een zelfstandige overeenkomst tot hypotheekverlening. Ook deze figuur kan dan als obligatoire overeenkomst worden aangemerkt.

Men zou deze overeenkomsten nog op andere wijze kunnen kwalificeren, nl. als hulpovereenkomsten. Dit is voor ons onderwerp slechts in zoverre van belang, dat de afhankelijkheid van de fundamentele rechtsbetrekking in het geval van zekerheidsrechten zeer groot is.<sup>2</sup> Leidt deze niet tot een schuld of tot een verhouding waaruit een schuld kan voortvloeien, dan zal de verplichting tot hypotheekverlening wegvallen.

Is een dergelijke zelfstandige overeenkomst tot hypotheekverlening een formele of materiële schenking?

Een formele schenking is het niet. Vooreerst is het uitermate twijfelachtig of voldaan is aan het vrijgevigheidsvereiste; de animus donandi zal gewoonlijk ontbreken. Ook een vermogensverschuiving is niet aanwezig. Weliswaar neemt men de verplichting op zich een recht te vestigen, maar dit is niet meer dan een *zekerheidsrecht*.<sup>3</sup> De crediteur ontvangt, ook bij executie, niet meer dan hem toekomt.<sup>4</sup> Het zekerheidsrecht vervalt dan ook als de verzekerde schuld is voldaan. Hiermede is tevens bepaald dat deze figuren ook geen materiële schenking opleveren. Wanneer de crediteur tenslotte slechts ontvangt waarop hij recht heeft, kunnen wij moeilijk stellen dat hij is bevoordeeld.<sup>5</sup>

Indien de verplichting tot hypotheekverlening steunt op een zelfstandige overeenkomst of op een beding bij een overeenkomst, moeten dan bijzondere eisen gesteld worden aan de vorm van dat beding, of die overeenkomst? Dit is niet het geval.<sup>6</sup> Noch uit de wet, noch uit de rechtstheorie zijn argumenten te putten om de hypotheekbelofte vormgebonden te achten. Het belang door de wetgever gehecht aan de hypotheekverlening, leidt in art. 1217 lid 1 tot een streng vormvoor-

1. Deze figuur nadert wat Rutten bedoelt als hij spreekt over de inwilliging van een verzoek; inwilliging zuiver afhankelijk van de welwillendheid van de ander. Asser-Rutten II, p. 5 met opgave van litt. en jur. Hij beschouwt dit niet als overeenkomst.

2. Vgl. hierover o.a. Asser-Rutten II, p. 47/48; zie ook Suijling II, nr. 105.

M.i. kan de hypotheekverlening beter niet als hulpovereenkomst worden aangemerkt; deze kwalificatie kan beter gereserveerd blijven voor verbintenisscheppende overeenkomsten.

3. Vgl. in die zin Asser-Kamphuisen, p. 553/4. verlening van hypotheek is geen schenking. Rb. Maas-tricht 23-10-1941, N. J. 1943, nr. 34. Verlening als zakenrechtelijk handelen zal uiteraard geen schenking zijn, vgl. wat Kamphuisen daarover terecht opmerkt p. 554. '... deze laatste (de zakelijke overeenkomst, R.) kan nooit schenking zijn; het is een intentioneel indifferente handeling'. Asser-Kamphuisen, p. 761/2: borgtocht is geen materiele schenking. Wel kan er aanleiding zijn voor een actio Pauliana ex art. 1377 vgl. in die zin Asser-Rutten II, p. 297; H.R. 16-4-1908, W. 8705.

4. Dit i.t.t. vestiging van een erfdienstbaarheid om niet; deze berust op overeenkomst van schenking. Vgl. Asser-Beekhuis II, p. 245, H.R. 3-4-1914, N. J. 1914, p. 661, W. 9688.

5. Bij een derdenhypotheek zou de vraag kunnen rijzen of dit t.o.v. de debiteur een schenking is. Voor ons onderwerp doet dit niet ter zake.

6. Zo ook Asser-Van Oven, p. 145; Asser-Scholten, p. 479.

schrift en in lid 2 van dat artikel wordt een soortgelijke vorm geëist voor de volmacht tot hypotheekverlening. Hiermede is echter niets bepaald ten aanzien van de belofte, die wel van de volmacht dient te worden onderscheiden.

Ook art. 1218 geeft geen regel over de hypotheekbelofte, al schijnt dit bij eerste lezing anders. De in dat artikel genoemde overeenkomst doelt evenwel niet op de hier besproken belofte of op de overeenkomst tot hypotheekverlening, doch op de akte krachtens welke de inschrijving geschiedt; op de verlening derhalve.

Slechts indien de overeenkomst tot hypotheekverlening een formele schenking zou opleveren, wat wij niet aannemen, zou zij vormgebonden zijn.

Bij de besproken gevallen zijn er ook enkele waar de verplichting tot hypotheekverlening voortvloeit noch uit een zelfstandige overeenkomst, noch uit een beding bij een overeenkomst.

De bron van de verplichting tot hypotheekverlening moet in die gevallen gezocht worden in door de wet aan bepaalde rechtsfeiten gekoppelde gevolgen. Deze resulteren—in sommige gevallen aangevuld met beslissingen van partijen of van de rechter—in een verplichting tot hypotheekstelling. Zowel in het geval van de beheers-hypotheek door voogd of curator, als in het geval van de hypotheek door de vruchtgebruiker, hebben wij te doen met speciale door de wet gegeven voorschriften. In zekere zin zijn zij elkaars spiegelbeeld. Bij de beheers-hypotheek zal de plicht ontstaan door de wet, *indien* de kantonrechter zulks beveelt op grond van art. 363. Bij de vruchtgebruik-hypotheek daarentegen bestaat de verplichting tot zekerheidstelling, *tenzij* vrijstelling wordt verleend.

De beheers-hypotheek berust niet op partijwil. Bij een hypotheek door de vruchtgebruiker is dit evenmin het geval indien het een vruchtgebruik ten gevolge van legaat betreft, tenzij het niet verlenen van vrijstelling door de erflater wordt beschouwd als uiting van de wil tot hypotheekstelling. Steunt het vruchtgebruik op een contractuele verhouding, dan kan men twijfelen.

#### 4. DE HYPOTHEEKVERLENING

Vaak komt de aard van de hypotheekverlening ter sprake bij de bespreking van de vorm waarin de hypotheekverlening moet geschieden. In dat verband werd, vooral ook in de jaren rond de eeuwwisseling, druk gediscussieerd over de vraag of de voorgeschreven vorm—de notariële akte—bilateraal moet zijn.<sup>1</sup>

De hypotheekverlening eist wilsovereenstemming. Zij is wat wel wordt aangeduid als 'zakelijke overeenkomst'.<sup>2</sup> Daarover heerst thans nagenoeg eenstemmigheid.<sup>3</sup>

1. Vgl. met name Herman, p. 166 e.v. Zie voorts Asser-Scholten, p. 480; Asser-Van Oven, p. 145.

2. Vgl. Asser-Van Oven, p. 145.

Afgezien van de vraag of het zo gelukkig is hier te spreken van overeenkomst, waar het geen verbintensschepende overeenkomst is als bedoeld in art. 1349, is het duidelijk wat met deze term bedoeld wordt. In Beekhuis' definitie van zakelijke overeenkomst komt de term 'overeenkomst' niet voor, Asser-Beekhuis I, p. 149.

3. Vgl. Asser-Scholten, p. 480; Asser-Van Oven, p. 145. Zij gaan ervan uit.



Art.1217 duidt niet op een eenzijdige rechtshandeling, welke wel werd gezien als de aanwijzing van de goederen, welke met hypotheek worden belast.<sup>1</sup> Evenmin duidt het artikel op tenuitvoerlegging van de overeenkomst waarbij de hypotheek werd toegezegd, door een eenzijdige daad welke de hypotheekverlener alleen—zonder medewerking van de hypotheeknemer—zou kunnen verrichten. De aanneming van de hypotheek zou in deze opvatting gelegen zijn in de inschrijving.<sup>1</sup> Ter ondersteuning van de bewering dat de verlening een eenzijdige handeling is en volstaan kan worden met een eenzijdige akte, werd wel een beroep gedaan op het gebruik van de term 'verlenen' in art.1217. Dit zou duiden op eenzijdigheid.<sup>2</sup> De verlening is echter niet de aanwijzing, noch *ligt in* de verlening de aanwijzing; deze aanwijzing ligt in een eerdere fase van de totstandkoming van het hypotheekrecht, zoals wij hiervoor zagen.<sup>3</sup> Zij ligt bij de verplichting welke tot hypotheekverlening leidt.

Ook is de verlening meer dan een eenzijdige tenuitvoerlegging van die verplichting. Zij is een fase in de totstandkoming van de hypotheek, welke ter complettering nog slechts gevolgd behoeft te worden door de inschrijving in de openbare registers. Men miskent de aard van die inschrijving, welke in oorsprong alleen publikatie is, doch om wille van haar belang tot constitutief element is verheven<sup>4</sup>, als men er tevens de aanneming in legt. De aanneming ligt vóór de inschrijving.

De mening dat de wetgever met de term 'verlenen' op een eenzijdige handeling doelt, kan slechts stoelen op een te enge<sup>5</sup> en dus onaanvaardbare grammaticale uitleg van het woord verlenen; onaanvaardbaar, mede gezien het willekeurige woordgebruik van de wetgever op dit punt.

Dat in de zakenrechtelijke fase van de totstandkoming van een hypotheek de medewerking van de hypotheeknemer niet gemist kan worden, ligt besloten in ons zakenrechtelijk systeem. Van Oven<sup>6</sup> drukt zich in dit verband terecht aldus uit: '... zonder medewerking van de hypotheeknemer *kan* (cursief v.O.) de hypotheekgever niet verlenen'. Waarin anders zou die medewerking bestaan dan in de aanneming? Gewoonlijk betoogt men dan ook niet dat aanneming niet noodzake-

1. Vgl. Herman, p. 166. Volgens hem past dit in de 'Franse opvatting', dat hypotheekverlening betekent, dat de eigenaar bevoegdheid verleent op zijn goed inschrijving te nemen, doch niet in die van Herman zelf. Vgl. ook de discussie tussen Mr. Treub, voorstander van de bilaterale vorm en zijn opponent de heer Wattel in het Tijdschrift der Notarissen 1887 deel IV, p. 353 en W.N.R.947, 948 en 949 en ook Diephuis VII, p.410, waar deze i.t.t. Diephuis 1848, V, p.611/612 ook de eenzijdige vorm verdedigt.

2. Vgl. Rb. Amsterdam 10-11-1924, N.J.1925, p.516; Hof Amsterdam 14-10-1927, W.11742, Schermer-Eggens, p.155, Suyling V, no 516. In andere zin Pitlo, p.395, Hofmann, p.475, Asser-Van Oven, p.145. Zie ook Asser-Beekhuis, p.212/213; en Asser-Scholten, p.480 inzake de mening van Suyling, V, no.260 die de aanneming buiten de akte mogelijk acht en dit consequent toepast ook voor andere zakelijke rechten, waarmede hij, naar Scholten betoogt, zijn eigen ongelijk bewijst.

3. Samenval van rechtsmomenten is niet uitgesloten. Zie hiervoor. Bij de hypotheeken i.v.m. voogdij, curatele en i.v.m. vruchtgebruik zou men kunnen twijfelen, maar wat is een verplichting tot zekerheidsstelling zonder enige bepaaldheid. Bij voogdij en curatele bepaalt de kantonrechter, bij vruchtgebruik de partijen en anders redelijkheid en bij onenigheid de rechter.

4. Dat de inschrijving tevens de rangorde onder de zakelijke rechten aangeeft, bij hypotheek zelfs een 'dubbele' rang, blijft hier, als niet van belang, buiten beschouwing.

5. In die zin Asser-Van Oven, p.145.

6. Asser-Van Oven, p.145.

lijk is, doch dat zij buiten de akte kan geschieden, c.q. dat zij gelegen is in de inschrijving.

Er zijn mij geen steekhoudende argumenten bekend waarom bij verlening van een hypotheek, anders dan bij 'verlening' van een ander zakelijk recht, geen aanneming zou zijn vereist. Het feit dat hypotheek een zekerheidsrecht en niet een genotsrecht is, is in ieder geval geen reden. Zeker niet nu uitzonderlijke figuren als de wettelijke hypotheeken niet meer bestaan. De medewerking in de vorm van aanneming kan niet worden gemist en zij ligt niet bij de inschrijving. Zij moet gelegen zijn in de daaraanvoorafgaande fase: de hypotheekverlening.

Is de hypotheekverlening 'zakelijke overeenkomst'? Deze vraag heeft alleen zin, als men het begrip zakelijke overeenkomst accepteert.<sup>1</sup> Afgezien van het feit dat het minder gelukkig genoemd kan worden te spreken over zakelijke *overeenkomst*, omdat de betrokken handeling, hoe ook omschreven, nooit een overeenkomst in de zin van art. 1349 oplevert, heeft het zin te onderscheiden tussen de obligatoire en de zakelijke fase. De feitelijke gang van zaken bij totstandkoming van zakelijke rechten, en ook bij hypotheek, geeft daartoe voldoende aanleiding.

Wanneer dan onder 'zakelijke overeenkomst' verstaan wordt een twee- of meerzijdige rechtshandeling, welke zakelijk rechtsgevolg hééft, mogen wij met Hofmann<sup>2</sup> redenerende de hypotheekverlening geen zakelijke overeenkomst noemen, immers zij heeft op zich geen zakelijk rechtsgevolg. Gaan wij mee met Rutten<sup>3</sup>, dan mogen wij de hypotheekverlening tezamen met de inschrijving betitelen als zakelijke overeenkomst, immers deze twee tezamen hebben dat zakelijk rechtsgevolg wél.

Stelt men zich met Beekhuis<sup>4</sup> op het standpunt dat er van zakelijke overeenkomst gesproken mag worden, ook wanneer niet direct het zakelijk rechtsgevolg wordt verkregen, dan kan de hypotheekverlening als zakelijke overeenkomst worden aangemerkt.

Met Rutten verwerp ik Hofmanns mening dat alleen van zakelijke overeenkomst gesproken mag worden, als de wilsovereenstemming direct zakelijk rechtsgevolg heeft. Evenwel, de oplossing welke Rutten kiest, komt mij ter handhaving van het begrip zakelijke overeenkomst niet noodzakelijk voor. Uitgaande van een aan Hofmann verwant standpunt weigert hij van zakelijke overeenkomst te spreken, indien de betrokken handeling niet een zakelijk rechtsgevolg tot stand doet komen. Daarom neemt hij de elementen welke vereist zijn om dat zakelijk rechtsgevolg wel te verkrijgen tezamen, om dat geheel als zakelijke overeenkomst aan te merken. Terecht noemt Beekhuis de argumentatie niet geheel overtuigend.<sup>5</sup>

1. Vgl. Asser-Beekhuis I, p. 150 e v met bespreking en bestrijding van de mening, dat het begrip zakelijke overeenkomst 'waardeloos' zou zijn. Vgl. ook o a Asser-Rutten II, p 15/16.

2. Hofmann, *Algemene leer der Verbintenissen*, 1e druk, p 99/100, 6e druk, p 168. Hofmann-Van Opstal, p 256 is een andere mening toegedaan.

3. Asser-Rutten II, p 16 en W P N R 4072.

4. Asser-Beekhuis I, p 151 en de verder door Asser-Rutten II, p 15 genoemden. Ook zo H R 7-6-1946, N.J. 1946, nr 465.

5. Asser-Beekhuis I, p 151. Nog afgezien van het feit dat m i de rechtshandeling van hypotheek verlening en aanneming wel degelijk rechtsgevolg heeft

Bovendien sluit de redenering moeilijk aan op de door Rutten gegeven definitie van zakelijke overeenkomst, waar terecht gesproken wordt over '... gericht zijn op het doen ontstaan ...' en niet over bijv. '... waardoor ontstaat ...'.

De wetgever van 1838 hechtte bij hypotheek sterker aan de vorm dan bij overdracht van onroerend goed en de vestiging van zakelijke genotsrechten op onroerend goed. Het Ontwerp 1820, dat ook voor de tweede categorie een authentieke akte voorschreef, werd niet gevolgd. Vanaf het tot stand komen van het B.W. is voor de hypotheekverlening een notariële akte steeds voorschrift geweest<sup>1</sup>, behoudens voor enige uitzonderingsgevallen door de wet uitdrukkelijk aangewezen (Art.1217 lid 1).

Sinds de wet van 28 juni 1956, S.376, welke ook voor de overdracht van en vestiging van zakelijke genotsrechten op onroerende zaken een notariële akte voorschrijft, is het verschil in principe vervallen<sup>2</sup>, terwijl de uitzonderingen, welke art.1217 lid 1 nog steeds noemt, niet meer bestaan sinds in 1956 bij de invoering van de 'nieuwe' voogdijbepalingen de mogelijkheid verviel beheers-hypotheeken door voogd of curator te stellen ten overstaan van de kantonrechter bij de benoeming of beëdiging.<sup>3</sup> Het geval vermeld in art.1217 lid 3 is geen uitzondering, daar is immers juist geen hypotheekverlening<sup>4</sup>.

Hiervoor werd gesteld, dat bij de verlening de medewerking van de hypotheeknemer in de vorm van aanneming vereist is. Wij rekenden de aanneming tot de verlening. Dan ligt het voor de hand om—wanneer de wet voor de hypotheekverlening een notariële akte voorschrijft—de medewerking van beide partijen aan die akte te eisen.

Dit komt overeen met de gang van zaken bij overdracht van onroerend goed en vestiging van zakelijke rechten op onroerend goed.

Intussen leert de Hoge Raad voor cessie—in overeenstemming met de heersende leer op dat punt—anders; aanneming bij de akte is niet vereist, zelfs schriftelijke of uitdrukkelijke aanneming is niet vereist.<sup>5</sup> De Hoge Raad besliste hiermede in 1956 anders dan in het arrest a quo van het Hof Den Haag en in afwijking ook van de conclusie van A.G. 's Jacob, die zich aansloten bij de opvatting dat de aanneming bij de akte dient te geschieden. Terecht stelt onder andere Wiarda,

1. Asser-Scholten, p.478 stelt n.a.v. art.1217 B.W. in principe de eis van een authentieke akte en concludeert ingevolge art.1 van de Wet op het Notarisambt, tot een notariële akte. Dit is een onjuiste en overbodige omweg.

Bij de totstandkoming van art.1217 B.W. was het ook uitdrukkelijk de bedoeling een notariële akte te eisen. Men zie voor de discussie hieromtrent Voorduin IV, p.506 e.v. met name p.509/510. Asser-Van Oven, p.145 en van Nierop, p.112 en 114/115 spreken dan ook over notariële akte.

2. Zaakwaarnemers kunnen wel transportakten e.d., doch geen hypotheekakten maken.

3. Asser-Van Oven, p.146.

4. Asser-Van Oven, p.146.

5. H.R.13-10-1892, W.6251; H.R.30-11-1956, N.J.1957, nr.81 zonder argumentatie; zie ook Asser-Beekhuis I, p.193/4 en de aldaar genoemden.

dat de cessieakte in principe<sup>1</sup> door beide partijen getekend moet worden, zij wordt immers opgemaakt ten blijke van de levering.

Op theoretische gronden zoals ontwikkeld door Wiarda is het arrest van de Hoge Raad twijfelachtig. Wellicht kan het nog juist genoemd worden indien het een onderhandse akte betreft een minder vergaande vorm. Het heeft er echter veel van dat de Hoge Raad in 1956 ter wille vooral van de praktijkgewoonte welke de heersende leer volgt, niet van zijn reeds in 1892 ingenomen standpunt heeft willen afwijken.<sup>2</sup> Ten aanzien van cessie moge daartoe aanleiding bestaan, dit is geen reden om ten aanzien van hypotheekverlening eenzelfde standpunt in te nemen. Voor hypotheekverlening gelden aanmerkelijk strengere vormvoorschriften. Er is geen keus, slechts de notariële akte komt in aanmerking, terwijl bovendien publikatie vereist is. Het is in strijd met (onder andere) deze strenge vormvoorschriften een deel van de verlening buiten de akte te laten. Veel van het nut van een dergelijk vormvoorschrift gaat verloren, indien slechts een van de twee partijen eraan gebonden is

Op grond van het voorgaande is de gehele hypotheekverlening, het stellen van de hypotheek zowel als het aannemen, vormgebonden. De akte moet in bilaterale vorm worden opgemaakt, zo moet de conclusie luiden.<sup>3</sup> Dit neemt echter niet weg dat splitsing van *de* akte in twee delen—twee notariële akten—mogelijk is.<sup>4</sup> Vaak wordt voor de bilaterale vorm van de akte ook nog een beroep gedaan op art 1231, dat vermelding van de door de schuldeiser gekozen woonplaats in het borderel voorschrijft. Het borderel is een uittreksel uit de hypotheekakte, zo stelt men dan, dus moet de schuldeiser aan de akte medewerken.<sup>5</sup>

Dit argument is niet overtuigend. de domiciliekeuze van de schuldeiser is een eenzijdige rechtshandeling. Bovendien nergens valt uit af te leiden dat deze onderdeel zou zijn van de verlening. Waarom zou deze niet kunnen zijn toegevoegd aan of opgenomen in een eenzijdig door de schuldeiser opgemaakt zakelijk uittreksel uit de hypotheekakte?

### *Volmacht tot hypotheekverlening*

In art. 1217 lid 2 wordt voor een volmacht tot hypotheekverlening zonder uitzon-

1 Cessie, p 155. *In principe*, immers begrijp ik het wel, dan eist hij in de praktijk niet de aanneming in dezelfde akte, mits zij maar schriftelijk geschiedt. Als het ware wordt *de* akte in twee delen gesplitst. Op dezelfde wijze wil 's Jacob de praktijk tegemoet komen, hij acht het mogelijk ook het Hof aldus te verstaan.

2 Vgl. in die zin Korteweg, Rspr. Overzicht W P N R 4533 n a v H R 30-11-1956, N J 1957, nr 81.

3 Tot dezelfde conclusie komen Hofmann p 475, Pitlo, p 395 en Treub in W 5500, 5501, 5505 alsook in de boven aangehaalde discussie in W N R 948 e v., Asser-Van Oven, p 145. Anders Suijling V, nr 516, Diephuis VII, 410/411 (vgl. echter Diephuis 1848 hiervoor aangehaald V p 611/612). Schermer-Eggens, p 155, Rb. Leeuwarden 27-4-1893, W 6431, Hof Amsterdam 14-10-1927, W 11742, waar o a een beroep wordt gedaan op de term 'verlenen' in art 1217 B W. Hetgeen zou duiden op eenzijdigheid. Evenzo Rb. Amsterdam 10-11-1924, N J 1925, p 516. Tegen deze argumentatie richt zich terecht Asser-Van Oven, p 145, Van Nierop, p 117 e v. bespreekt de kwestie uitgebreid, doch hij laat zich niet verder uit dan een raadgeving de veiligste weg te kiezen. Vgl. ook Asser-Scholten, p 480.

4 Vgl. inzake cessie noot I en inzake transportakten van onroerend goed Pitlo, p 214.

5 In die zin ook o a Hofmann, p 475. Evenzo Pitlo, p 395 en Asser-Van Oven, p 145 die het beiden als neven-argument gebruiken.

dering een authentieke akte vereist.<sup>1</sup> In tegenstelling tot lid 1 spreekt het tweede lid over een authentieke akte en niet over een notariële akte. Door de werking van art.1 van de Wet op het Notarisambt is het resultaat echter gelijk: de volmacht moet vervat zijn in een notariële akte.

Het voorschrift van art.1217 lid 2 is beperkt tot de volmacht verleend door de hypotheekgever; dit is uit de ratio af te leiden.<sup>2</sup> Het heet een waarborg te zijn tegen overijling.<sup>3</sup> In dit verband wordt ook gewezen naar art.1833, dat voor vreemding en bezwaring een uitdrukkelijke lastgeving vereist.<sup>4</sup>

De bepaling is in overeenstemming met de wel gehanteerde regel, dat het vormvoorschrift voor een rechtshandeling ook geldt voor een volmacht tot die rechtshandeling.<sup>5</sup> Zij wijkt echter af van hetgeen normaal wordt aanvaard voor de volmacht tot eigendomsoverdracht van onroerend goed of vestiging van zakelijke genotsrechten. Voor het komende recht neig ik ertoe voor de volmacht tot hypotheekverlening een uitdrukkelijke schriftelijke volmacht voldoende te achten en de eis der authenticiteit te laten vallen. Aldus wordt eenheid verkregen. Een uitzondering voor hypotheek is onvoldoende gefundeerd.

Voor een in het buitenland afgegeven volmacht oordeelt men thans reeds milder.<sup>6</sup>

### *Buitenlandse hypotheekakte*

In dit verband kan ter volledigheid nog gewezen worden op art.1218 B.W. Dit artikel bepaalt, dat een hypotheek verleend bij akte in het buitenland verleden slechts voor inschrijving in aanmerking komt, indien een traktaat zulks regelt. Deze bepaling vindt haar oorzaak, zo wordt veelal betoogd, in het dooreen halen van de executoriale kracht van de akte en de geldigheid van de hypotheek.<sup>7</sup>

Het nut van de bepaling wordt betwijfeld<sup>8</sup>; men treft haar niet aan in het Ontwerp-B.W.

Inderdaad is er geen reden juist voor de inschrijving van een hypotheek te eisen, dat zij steunt op een in Nederland verleden akte. Als uitzonderingsbepaling is zij niet op haar plaats. Een andere vraag is echter of de wet niet in het algemeen

1. Vgl. Asser-Scholten, p.478, hiervoor aangehaald, noot 1, pag. 19. Als in de tekst: Asser-Van Oven, p.146; Van Nierop, p.115.

Gewoonlijk discuteert men over de vraag of er al dan niet sprake is van een volmacht. Vgl. rechtsvragen in W.P.N.R.3710 Van Oven; 2901 Scholten; 4359, 4569 en 4690 Houwing; 4800 Van der Ploeg; 5089 Polak; discussie in W.P.N.R.4837 en 4931 Holterman, 4924 Van Kerkhoff, 4931 Coebergh; zie ook rechtsvraag in W.P.N.R.5089 Polak; Versteeg, Inaugurale Rede V.U., W.P.N.R.4196/7; Hof Arnhem 29-6-1937, N.J.1938, nr. 179; Van Nierop, p.70 e.v.

2. Ook zo Van Nierop, p.116; Asser-Van Oven, p.146; Diephuis 1848, V, p.612.

3. Asser. Vergelijking, p.430, § 637. Asser-Van Oven, p.146; Pitlo p.395.

4. Van Nierop, p.116; Asser-Scholten, p.479; Asser-Van Oven, p.146.

5. Pitlo, p.395.

6. Vgl. hierover Van Nierop, p.166. Meijers, W.P.N.R.3381 en 3398 alsook in W.P.N.R.4069 en 4094. Zie voorts het bekende arrest H.R.21-11-1952, N.J.1953, nr.574 bevestigend het arrest a quo van Hof Amsterdam 7-2-1952, N.J.1952, nr.446 doch afwijzend van conclusie van A.G. Langemeijer. Als H.R.: Scholten W.P.N.R.2962. Recent: Rvr. in W.P.N.R.5089 Houwing.

7. Asser-Van Oven, p.146. Vgl. ook Van Nierop, p.132 e.v. Vgl. over het ontstaan van dit artikel Voorduin IV, p.516 en M.L. van Goudoever, W.P.N.R.1916.

8. Vgl. Asser-Van Oven, p.146.



voor iedere akte tot overdracht van of vestiging van een zakelijk recht op een in Nederland gelegen goed, de eis zou moeten stellen, dat zij in Nederland wordt verleden. Het antwoord moet bevestigend luiden.

### *Reële executie*

Een enkel woord over de reële executie van de plicht tot hypotheekverlening.

Gegeven de plicht tot hypotheekverlening zal naar luid van art.1217 lid 3 de hypotheek kunnen ontstaan door inschrijving van een vonnis, dat verlening 'vervangt'. Hier neemt de hypotheek een uitzonderingspositie in; immers bij de plicht tot levering van onroerend goed en tot vestiging van andere zakelijke rechten dan hypotheek kent de wet deze reële executiemogelijkheid niet.<sup>1</sup> Het is juist, dat in het Ontwerp-B.W. deze mogelijkheid tot reële executie uit het hypotheekrecht verdwijnt en algemeen wordt. Een gelijke behandeling van hypotheeken en andere zakelijke rechten, ook op dit punt, is te prefereren. Een mogelijkheid tot veroordeling op dwangsom is niet altijd voldoende om onwilligheid op dit punt tegen te gaan.

### *De voorbehouden hypotheek*

Men heeft wel beweerd, dat de hypotheeken welke door de verkoper bij een verkoop en levering van onroerend goed, of door de niet met het onroerend goed toebedeelden bij een scheiding van onroerend goed, worden voorbehouden tot zekerheid voor de nog niet betaalde koopsom of uitkering wegens overbedeling, niet bij notariële akte zouden behoeven te worden gevestigd.<sup>2</sup>

De artt.1227 en 1228 zouden hier vrijheid laten. Deze kwestie is gedeeltelijk achterhaald sinds de wet van 28 juni 1956, S.376, waarbij art.671a werd ingevoerd. Voor transportakten verleden voor zaakwaarnemers en voor niet notarieel verleden scheidingen geldt het probleem echter nog wel.

Voor andere vormvereisten dan de normale, is echter ook in het geval, dat het transport of de scheiding niet notarieel wordt verleden, geen enkele reden.<sup>3</sup> Immers het belang van de bepalingen als vervat in de artt.1227 en 1228 steekt alleen in de rang<sup>4</sup>; dit is de enige uitzondering die dit historisch relict maakt. Een uitzondering op het vormvoorschrift van art.1217 is niet bedoeld. Een juiste analyse van het gebeuren leert, dat hier sprake is van levering of toescheiding van volle eigendom met gelijktijdige verlening door de nieuwe eigenaar van het recht van hypotheek. Een andere zienswijze zou leiden tot verlening van het recht aan de eigenaar, hetgeen mij onmogelijk voorkomt<sup>5</sup>; bij hypotheek is dit niet anders dan

1. Asser-Scholten, p.196/7, verdedigt reële executie ook voor eigendomsoverdracht, o.a. met beroep op analogische toepassing van art.1217, lid 3. Vgl. ook Asser-Rutten I, p.164 en de daar genoemden.

2. B.V. Opzoomer IV, p.627 noot 2.

3. Als in de tekst Asser-Scholten, p.478 noot 1; Diephuis VII, p.414; Van Nierop, p.114/115; Houwing W.P.N.R.3956. Duidelijk blijkt deze bedoeling ook uit de geschiedenis, zie Voorduyn IV, p.511/512, nos. XIV en XVI. Vgl. ook, enigszins anders echter, Veegens-Pitlo, p.322.

4. Van Nierop, p.199 e.v. en Asser-Van Oven, p.159/160 behandelen de artikelen dan ook als zijnde uitzonderingen op de gebruikelijke rangorde.

5. Vgl. hiervoor o.a. Bregstein W P N.R.4326, 4352, 4387, Houwing W P N.R.3956 en ook 4162, pre-

bij andere zakelijke rechten. Het zakelijk recht moet worden gevestigd. Dit kan alleen de eigenaar doen, doch niet ten behoeve van zichzelf.

De verlening en vestiging van een 'voorbehouden', hypotheek zijn onderworpen aan de algemeen voor verlening en vestiging van hypotheeken geldende vormvoorschriften.

## 5. INSCHRIJVING DER HYPOTHEEK

De laatste fase in de totstandkoming van het recht van hypotheek is de inschrijving.

De aard van de inschrijving, met name de vraag of zij een constitutief karakter heeft, moet vooral beoordeeld worden vanuit de geschiedenis van de totstandkoming van het B.W. De invloed van het voorafgaande Franse noch van het Oudhollandse recht mag te hoog worden aangeslagen.<sup>1</sup> Men mag niet rechtstreeks argumenteren met bepalingen uit die voorafgaande systemen. De daartoe vereiste ononderbroken lijn naar ons recht ontbreekt hier.<sup>2</sup>

Uit de beraadslagingen, zoals men die bij Voorduin<sup>3</sup> vindt en ook uit hetgeen Herman<sup>4</sup> vermeldt, spreekt vooral de wens eindelijk ten aanzien van dat enigszins tweeslachtige, op principes uit het Oudhollandse en Oudfranse recht hinkend recht van hypotheek orde op zaken te stellen.

Men heeft een principieel eigen aanpak willen hebben en uit een samenstel van rechten een eigen hypotheekrecht willen opbouwen.<sup>5</sup> Sommige bepalingen, zoals de artt. 1227 en 1228, welke stammen uit het Oudhollandse recht en rechtstreeks zijn overgenomen, omdat men op dit punt een bestaande mogelijkheid niet wilde prijsgeven, vormen in het systeem, zoals het tenslotte is tot stand gekomen, dan ook een enigszins vreemd element.

advies Cand.-Not. 1940, noot 84 en Hof Amsterdam 3-2-1932, W.12438; idem impliciet Van Nierop, p.199; Asser-Van Oven, p.155 en 159. Anders Asser-Beekhuis II, p.6 en de aldaar geciteerden. In het Oudhollands recht werd daarentegen van terughouden gesproken, van levering onder last van hypotheek, vgl. Herman, p.56.

1. Vgl. Asser-Scholten, p.485 e.v. slaat de invloed van het Franse recht hoog aan (meent ook, p.489, dat Herman er te weinig aandacht aan schenkt) om tot het zelfs voor Scholten niet te vermijden resultaat te komen. de inschrijving is bij hypotheek constitutief voor het gehele recht en niet alleen voor derdenwerking. Reden: hypotheek gaat nagenoeg op in derdenwerking. Scholten acht het dan ook (p.490) een leemte in de beschouwingen van Hamaker dat deze niet op het verschil tussen de wijze van ontstaan van hypotheek en van andere zakelijke rechten gewezen heeft. Een en ander verklaart ook het opmerkelijke verschil op dit punt tussen de behandeling in Asser-Scholten en die in Asser-Van Oven.

2. Vgl. Herman, p.155 die terecht deze eis stelt.

3. Voorduin IV, p.432 e.v.; Zie met name de rede van Sijpkens (p.432-477) en van Van Crombrugghe (p.447-490), leden van de commissie van redactie, op 12-3-1825 in de 2e kamer.

4. Herman, p.148 e.v.; Vgl. ook Talsma, p.156/157 en Van Nierop, p.187 e.v.

5. Vgl. Sijpkens t.a.p. p.453: 'De geschiedenis van de Franse wetgeving, zoo wel als van het oude Nederlandsche recht in verschillende Provincien, konden hiertoe (een nieuw hypotheekstelsel) wel de bouwstof opleveren; doch de erkende gebreken van de vroegere stelsels hebben moeten leiden tot andere grondslagen, waarop een nieuw gebouw moest worden opgetrokken.'

Vgl. ook Herman, p.133 e.v., waar hij gewaagt van de telkens opduikende neiging tot een positief stelsel.

Art.1224 maakt de inschrijving duidelijk tot een constitutief vereiste. Niet alleen de derdenwerking hangt ervan af; neen, het gehele recht.<sup>1</sup> In principe was de wetgever vrij ten aanzien van deze inschrijving; slechts zou op grond van de eenheid in het zakenrechtelijk systeem geëist kunnen worden, dat voor inschrijving van hypotheeken en overschrijving bij levering van onroerend goed en vestiging van zakelijke genotsrechten in beginsel dezelfde regels gelden. Essentiële vragen van ontstaan van het recht zijn hier immers niet in het geding.<sup>2</sup> De wetgever zou de inschrijving alleen als publikatie hebben kunnen beschouwen en aan het achterwege blijven de niet-werkzaamheid tegen derden hebben kunnen verbinden.

De eis van inschrijving op straffe van algehele krachteloosheid moet gezien worden, als middel—en wel het meest afdoende—om een overzichtelijke situatie te scheppen; een complement van de uitbanning van meerdere verwarrende elementen, zoals de generale en wettelijke hypotheeken en vele voorrechten.

Dat deze inschrijving constitutief is voor het gehele zakelijk recht, voor de voorrang zowel als voor alle andere zakenrechtelijke elementen wordt dan ook niet meer betwijfeld.<sup>3</sup> Op dit punt is in de literatuur de opvatting aangaande de overschrijving, welke in het verleden veelvuldiger als niet constitutief is aangemerkt, toegegroeid naar de opvatting over de aard van de inschrijving. De eenheid van systeem heeft hier een belangrijke rol gespeeld.

In dit verband is wel beweerd, dat de ontwerpers van ons B.W. zich geen duidelijke voorstelling hebben gemaakt van de betekenis der registers. Gesteld, dat dit inderdaad zo is, verklaart dit wellicht mede het ontstaan van een in- en overschrijvingssysteem, zoals wij dat kennen. Het doet echter niets af aan de zeer bewuste keuze voor een inschrijving als constitutief vereiste voor het ontstaan van een hypotheek.<sup>4</sup>

De inschrijving geschiedt door de zogenaamde borderellen aan de hypotheekbewaarder ter inboeking ter hand te stellen. De wet spreekt over deze borderellen in art.1231 en volgende, maar geeft nergens een omschrijving.

Uit de bepalingen van art.1231 omtrent de inhoud van een borderel en uit het doel waartoe zij gemaakt en ingeschreven worden: 'vermelding van datgene, wat onmisbaar is om op de hoogte gesteld te worden van het op het onroerend goed gelegde bezwaar'<sup>5</sup>, kan echter worden afgeleid, dat het voor zoveel betreft de punten, beide partijen rakende, een uittreksel moet zijn van de akte van hypotheekverlening. Immers, de inschrijving betreft de verleende hypotheek en hoe zou men rechten kunnen putten uit een inschrijving die niet overeenkomt met het

1. Vgl. Asser, Vergelijking, § 644, p.435 in fine

2. Vgl. ook Herman, p 141 en ook p.150. Zie ook de Toelichting op Ontwerp-B W. p 218 in fine, waar de betekenis van de inschrijving heel nuchter gesteld wordt.

3. Vgl. Zonder enige aarzeling: bijv. Asser, Vergelijking § 628, p.421, Diephuis 1848, V, p.607; Asser-Van Oven, p.155, Opzoemer IV, p.634, Van Nierop, p 189.

4. Vgl. Herman op meerdere plaatsen o a. p.150; Hamaker, Verspreide Geschriften, Deel II, p.146 e.v.

5. Aldus drukt Asser-Van Oven het uit, p.156. Vgl. ook Van Nierop, p.202/203; Asser-Scholten, p.491.

recht zoals het werd verleend in de tot stand gekomen hypotheekakte?<sup>1</sup>

Het betreft hier niet een woordelijk gelijkkluidend, doch een zakelijk uittreksel.

Deze wijze van publikatie is afwijkend van de gang van zaken bij de levering van onroerend goed of de vestiging van andere zakelijke rechten. In laatst genoemde gevallen wordt in principe de gehele akte van levering of van verlening in de openbare registers overgeschreven, behoudens het bepaalde in art. 671 lid 2.

Naar luid van dit tweede lid kan in sommige gevallen volstaan worden met een authentiek uittreksel uit de akte, dit zal een woordelijk gelijkkluidend uittreksel moeten zijn.

Hoewel het doel van de publikatie voor beide gevallen hetzelfde is en het in wezen om eenzelfde soort voorschriften gaat, stelt de wet in feite verschillende eisen. Enerzijds worden zwaardere eisen gesteld, immers art. 671, lid 2 spreekt uitdrukkelijk over authentiek uittreksel, terwijl over de authenticiteit van het borderel niet wordt gerept. Een ieder kan de borderellen opmaken, tekenen en namens de schuldeiser indienen.<sup>2</sup> Anderzijds geeft art. 1231 een nauwkeurige opsomming van de inhoud van de borderellen, terwijl art. 671, lid 2 slechts spreekt over 'al hetgeen die zaak', dit is de geleverde zaak, 'betreft'.

Dit verschil tussen de overschrijving bij de levering van eigendom en vestiging van andere zakelijke rechten dan hypotheek en de inschrijving bij de hypotheek is slechts te verklaren uit de wordingsgeschiedenis van ons B.W. Teneinde bij hypotheek een overzichtelijke publikatie van de rechtstoestand van de onroerende goederen mede in verband met het bijzondere en in principe tijdelijke karakter van het recht van hypotheek te bereiken, achtte men het kennelijk noodzakelijk het gebruik van borderellen verplicht te stellen en nauwkeurige bepalingen te geven omtrent de inhoud van die stukken. Men is echter blijven uitgaan van de aloude borderellen en heeft verzuimd een stap verder te gaan door voor die borderellen zelf een andere oplossing te zoeken.

Men heeft uit het Wetb. N.v.H. (art 2148) de inschrijving door middel van borderellen overgenomen, maar de enige waarborg voor overeenstemming van de inhoud van deze stukken met de inhoud van de akte, te weten de vertoning van de hypotheekakte aan de bewaarder, laten vallen met een beroep op diens lijdelijkheid. Dit beroep is overigens hier niet volledig terecht, aangezien een loutere vergelijking door de bewaarder, zonder dat hij zich inlaat met de geldigheid van de akte, niet strijdt met zijn lijdelijkheid. Een meer wezenlijke waarborg: het eisen van een authentiek borderel werd niet ingevoerd.

Wanneer men de beraadslagingen terzake leest<sup>3</sup> vraagt men zich af, waarom de

1. Vgl. ook Houwing, W P N R 4632 Rv I opname in het borderel van een punt dat niet in de akte voorkomt geeft geen recht. Nietigheid van het borderel ziet hij er echter niet in.

2. Vgl. Van Nierop, p 202 e v en al de daar geciteerden. Zo versta ik ook de weergave van art 1231 lid 1 in Asser-Scholten, p 491. Idem bij Asser-Van Oven, p 155.

3. Vgl. Voorduin IV, p 582 e v XIII, XVIII met name ook p 590 e v de toespraak van de Heer Bordes in de 2e Kamer 21-4-1834 Asser, Vergelijking §§ 649 en 650, p 441/442.

wetgever hier niet eenzelfde regel heeft gegeven, als geldt voor eigendomslevering en vestiging van zakelijke rechten. Waarom niet voorgeschreven de in- of overschrijving van een woordelijk gelijkluidend uittreksel van de hypotheekakte<sup>1</sup>; een oplossing, welke die van het Ontwerp-B.W. benadert. Administratief kan dit uittreksel op het hypotheekkantoor precies zo behandeld worden als de huidige borderellen. Het gaat ook niet om de administratieve verwerking, het gaat erom wat er wordt gepubliceerd. Thans is niet alleen de indiening eenzijdig, doch in feite ook het opmaken van de borderellen. Wilde men mede de hypotheekgever garanties verstrekken—wat duidelijk gewenst werd—, was dan een oplossing in bovenbedoelde zin, niet eenvoudiger geweest?<sup>2</sup>

## 6. CONCLUSIE

De gehele gang van zaken bij de totstandkoming van een recht van hypotheek overziende, kan gesteld worden, dat voor een afwijking van het beginsel dat voor de vestiging van zakelijke rechten op onroerend goed in principe dezelfde regels gelden als voor de overdracht van onroerend goed—dat wil zeggen: vereist zijn een geldige titel en een levering bij notariële akte welke wordt over- of ingeschreven in de openbare registers—geen redenen aanwezig zijn.

Het proces van de totstandkoming van een hypotheek vertoont weliswaar op enkele punten afwijkende trekken. Ingevolge het speciale karakter van zekerheidsrecht zal bij hypotheek een zelfstandige obligatoire overeenkomst welke tot hypotheekverlening verplicht, uitzondering zijn in plaats van regel. Voorts doen zich, anders dan bij andere zakelijke rechten, gevallen voor waarbij een samenstel van bijzondere rechtsfeiten de verplichting tot hypotheekstelling doet ontstaan. Een belangrijke categorie vormen de gevallen waarin bepaalde personen aan bepaalde rechtsfeiten het recht ontlenen zekerheid te vorderen. In al deze gevallen zal echter sprake zijn van een 'titel' in de zin van een verplichting tot levering. Het zijn geen essentiële punten die een afwijking van het zojuist genoemde beginsel rechtvaardigen. De eenheid van systeem mag terwille daarvan niet worden losgelaten.

De eenheid van het zakenrechtelijk systeem is in wezen het enige argument, dat aangevoerd kan worden om voor de totstandkoming van een hypotheek in principe dezelfde eisen te stellen als voor de totstandkoming van andere zakelijke rechten. Deze eenheid is echter van zodanig belang, dat afwijkingen, indien niet om enige reden strikt noodzakelijk, vermeden moeten worden.

Men zou zich kunnen voorstellen, dat het feit dat de hypotheek geen vermo-

<sup>1</sup> Vgl. hierover ook Talsma, p. 171/172 e.v. Deze overtrekt sterk het belang van het verschil in publicatiewijze.

<sup>2</sup> Vgl. voor de eenzijdige inschrijving over het algemeen de Toelichting van het Ontwerp-B.W. p. 219, waar gesteld wordt dat het sinds de arresten van de H.R. 7-11-1862, W. 2431 en 14-5-1875, W. 3853, onbetwist is dat de 'verlener' zowel als de 'verkrijger' dit beide eenzijdig kunnen bewerkstelligen.

gensverschuiving met zich brengt aangevoerd wordt ten betoge dat de wijze van totstandkoming onttrokken is aan de algemeen voor de vestiging van zakelijke rechten geldende regels Voorts zou gesteld kunnen worden, dat het accessoir karakter met zich brengt, dat niet een 'titel', gezien als verplichting tot levering, geëist kan worden, maar dat voldoende is de aanwezigheid van een schuld of een verhouding waaruit een schuld kan ontstaan. Daarnaast zou men wellicht voor het niet vereist zijn van een titel willen aanvoeren dat de wet erover zwijgt.

Het eerste argument spreekt wel aan, er moet echter van gezegd worden, dat het niet noopt tot een afwijking en daarom onvoldoende geacht moet worden. Het tweede argument treft niet de kern van de zaak waar het hierom gaat. Het is er mede als met het nutsvereiste en de accessoriteit van een erfdienstbaarheid, zij maken een titel niet overbodig. Het feit tenslotte, dat de wet niet over een titel tot hypotheekverlening spreekt, kan moeilijk als argument worden aanvaard Immers ook bij de regels over de totstandkoming van de andere zakelijke rechten spreekt de wet er niet over

Wil men op grond van een of meer van de genoemde tegen-argumenten de hier getrokken conclusie niet volgen—met name niet wat betreft de titel-eis—dan moet toch in ieder geval gesteld worden, dat *indien* een titel aanwezig is, de parallel met de levering van eigendom en de vestiging van zakelijke genotsrechten getrokken mag worden. De titel zal geldig moeten zijn. Daarnaast leert hetgeen de praktijk te zien geeft naar mijn mening, dat een geval waarin géén titel aanwezig is, in de praktijk moeilijk is voor te stellen. Dientengevolge zal het verschil tussen de opvatting die wel een titel eist en een opvatting waarin geen titel vereist zou zijn, in de praktijk nauwelijks spelen.

Vergelijkt men de hypotheekverlening en -vestiging met levering van onroerend goed, dan zal de titel zich in het laatste geval duidelijker manifesteren—afgezien nog van de uitdrukkelijke wettelijke eis Men levert nu eenmaal niet zo maar, doch omdat er is verkocht, geruild of dergelijke In vergelijking met de verlening van een zakelijk genotsrecht, bijvoorbeeld een recht van opstal, is er echter nauwelijks verschil. De opstal wordt verleend: . . . omdat dit is overeengekomen Bij hypotheek is dit niet anders; zij wordt verleend: omdat het is overeengekomen, of—in enkele bijzondere gevallen—omdat men om enige andere reden ertoe verplicht is. Bij de 'eerste levering', de verlening, is de titel minder in het oog springend, dat wil echter niet zeggen, dat zij niet aanwezig zou zijn

## 7 REGELING IN HET ONTWERP-B.W

### a. Algemeen

In zijn ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek heeft Meijers van de gelegenheid gebruik gemaakt om te trachten in het vermogensrecht een ander systeem te verwezenlijken. Mede daarom vindt men in het vermogensrecht de zakelijke

rechten anders gegroepeerd dan thans in het B.W.<sup>1</sup>; vruchtgebruik en hypotheek zijn opgenomen in het nieuwe Boek 3, de andere zakelijke rechten in het nieuwe Boek 5. Hij heeft de rechtsfeiten en rechtsverhoudingen, welke in principe ten aanzien van alle goederen<sup>2</sup> bestaan of verwezenlijkt kunnen worden, als algemeen gekwalificeerd en hen bijeengeplaatst in het derde boek:<sup>3</sup> 'vermogensrecht in het algemeen'.

Een aspect van het 'totale zakelijke<sup>4</sup> zekerheidsrecht', zoals ik het zou willen noemen, van pand en hypotheek<sup>5</sup> tezamen, namelijk dat dit ten aanzien van alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn kan worden gevestigd, geeft aanleiding tot plaatsing van ook dit recht in het derde boek. Dit brengt met zich mee, dat pand en hypotheek in principe tezamen worden behandeld; afgescheiden<sup>6</sup> van een aantal van de andere rechten, welke wij thans zakelijk noemen. Deze laatste, erfdienstbaarheden, erfpacht, beklemsrecht, opstal en grondrente vinden een plaats in het vijfde Boek 'zakelijke rechten', waar de rechten worden behandeld, welke uitsluitend op zaken betrekking kunnen hebben en daarom zakelijke rechten heten.<sup>7</sup> Hierbij leeft de wens de betrekking te doen bestaan rechtstreeks op de zaak; het begrip onlichamelijke zaak<sup>8</sup> wordt uitgebannen.

In overeenstemming hiermede is ook het vruchtgebruik behandeld in Boek 3.

Heeft deze gewijzigde systematiek met als gevolg behandeling van het recht van hypotheek in ander verband, gevolgen voor het recht van hypotheek?

De wezenlijke wijziging in de systematiek ligt in de indeling naar object (zie noot 6). Het object is het criterium geworden. Bij de vraag of vruchtgebruik en hypotheek nog zakelijke rechten zijn in het Ontwerp-B.W. moet men zich realiseren dat het begrip 'zakelijk recht' in het Ontwerp-B.W. niet meer dezelfde positie inneemt als het huidig begrip zakelijk recht in het B.W. Overigens, voor zover gevestigd op zaken zijn beperkte rechten—dus ook vruchtgebruik en hypotheek—in het Ontwerp-B.W. zakelijke rechten.<sup>9</sup> Daarnaast rijst de vraag of we nog wel met eenzelfde recht van hypotheek te doen hebben.

Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord. De toelichting op de tekst

1. Toelichting, p.159/160. Zie voor deze gedachten ook Meijers, Alg. Begrippen, p.280, W.P.N.R.2104. Vgl. ook Van Oven, W.P.N.R.4411.

2. Het begrip 'goed' omvat in het Ontwerp-B.W. alle vermogensbestanddelen inclusief het begrip 'zaak' van het Ontwerp-B.W. (= huidig begrip 'lichamelijke zaak').

3. Toelichting, p.160.

4. Borgtocht wordt hier buiten beschouwing gelaten.

5. Eigendomsoverdracht constituto possessorio, bezitloos pandrecht, kent het Ontwerp-Meijers niet.

6. Vgl. hieromtrent ook Dekhuijzen p.20 met citaten, bijv. Asser-Beekhuis I, p.28, die niet gelukkig is met het nevengevolg van de poging het begrip onlichamelijke zaak te elimineren door de scherpe scheiding van 'zaak' en 'goed' het scheiden van traditioneel bijeen behorende onderwerpen. Ook Stein W.P.N.R.4972 in zijn bespreking van Dekhuijzen is niet enthousiast over bedoelde scheiding.

7. Toelichting, p.160.

8. Vgl. noot 1 en noot 6. Zie ook Sujling V, no 9-10. Vgl. ook Stein, W.P.N.R.4972, waar hij Dekhuijzens bestrijding overtuigend acht en concludeert dat pogingen de onlichamelijke zaak te weren zijn mislukt. Deze conclusie lijkt mij onontkoombaar, tenzij de gehele kwestie er een is van terminologie.

9. Beperkte rechten, indien gevestigd op een 'zaak', zijn zakelijke rechten. Zie ook Toelichting Boek V, Ontwerp-B.W. p.377, Ars Notariatus XI Hoetink p.11, Polak p.45; Stein W.P.N.R.4972; Wery, R.M. Themis 1961, p.79 e.v.

van titel 9 van boek 3 is op dit punt zeer duidelijk. Zij stelt dat het slechts de bedoeling is geweest het hypotheekrecht, zoals het thans is, te verbeteren en wel op basis van het Ontwerp-1929.<sup>1</sup> De toelichting noemt de belangrijkste knelpunten. Een wezenlijke wijziging van het recht is echter niet aan de orde. Dit spreekt te meer waar de ontwerper elders blijk heeft gegeven van een enigszins andere visie op het recht van hypotheek, waar hij dit, evenals het recht van vruchtgebruik, karakteriseert als een bijzondere rechtsverhouding.<sup>2</sup>

Het recht van hypotheek als geheel blijft hetzelfde. De mogelijke objecten zijn echter meerdere dan thans en er zijn een aantal wijzigingen aangebracht waardoor hypotheek beter past in het zakenrechtelijk systeem.

Onder welke categorie rechten valt het recht van hypotheek volgens de indeling van het Ontwerp-B.W.? Zoals reeds is opgemerkt worden in het Ontwerp-B.W. pand en hypotheek wegens hun gezamenlijke werkingssfeer in principe tezamen behandeld in de negende titel van Boek 3. De inleidende afdeling van deze titel betreft zowel pand als hypotheek. De aldaar in art.3.9.1.1. gegeven definitie vangt aan als volgt: 'Het recht van pand en het recht van hypotheek zijn beperkte rechten<sup>3</sup> strekkende om op de daaraan onderworpen goederen . . . '.

Het zijn dus twee rechten gebleven, te splitsen volgens het object, immers de definitie vervolgt: '... Is het recht op een registergoed gevestigd, dan is het een recht van hypotheek . . .' enz. Wij beperken ons tot hypotheek en dus tot registergoederen als object van het recht.

## b. Totstandkoming van een hypotheek

De definitie bestempelt hypotheek tot een beperkt recht. Dit is de categorie van waaruit in principe de totstandkoming moet worden benaderd; tenzij de wet anders aangeeft.

De bepalingen van de afdeling hypotheek verwijzen voor de totstandkoming van het recht van hypotheek expliciet naar de regels voor beperkte rechten voor zover betreft 'het overige'.

Art. 3.9.4.2 lid 3 luidt: 'Voor het overige vinden de algemene voorschriften, die voor vestiging van beperkte rechten op registergoederen gegeven zijn ook op vestiging van een hypotheek toepassing'. Dit overige betreft dat wat niet specifiek voor hypotheek geldt. Wanneer wij de indeling hanteren, welke hiervoor werd gebruikt—belofte, verlening en vestiging—zien wij voor de laatste twee fasen een specifieke—zij het niet exclusief voor het hypotheekrecht bestaande<sup>4</sup>—regeling.

1. Toelichting, p.282.

Het Ontwerp-1929 van de 'Commissie-Limburg', sluit op veel punten nauw aan bij het ontwerp van de Staatscommissie ingesteld bij K.B. 30-6-1906 (no.75), uitgebracht in 1916. Zie omtrent het Ontwerp-1929 m.n. de preadviezen van Mr. P.R. Hoorweg en Mr. J. Leopold in 1930 uitgebracht door de N.J.V. Handelingen 1930, I, eerste stuk.

2. Meijers, W.P.N.R.2104 en Algemene Begrippen p.206.

3. Vgl. omtrent definitie en begrip, ook i.v.m. zakelijk recht, Wery, R.M. Themis 1961, p.79 e.v. Kisch, W.P.N.R.4407/8.

4. Voor de andere zakelijke rechten geldt een soortgelijke regeling.



Immers omtrent de verlening en de vestiging zijn—onder uitdrukkelijk gebruik van deze terminologie<sup>1</sup>—in art.3.9.4.2 lid 1 en 2 enige regels gegeven. Hierop komen wij later terug bij de behandeling van de verlening en de vestiging. Voor al het overige verwijst het derde lid naar de algemene voorschriften voor vestiging van beperkte rechten op registergoederen. Tot dit overige zal ook de hypotheekbelofte moeten worden gerekend, gesteld dat het ontwerp deze fase kent, hetgeen zal blijken bij een onderzoek naar de bedoelde algemene voorschriften.

De algemene voorschriften voor vestiging van beperkte rechten op registergoederen<sup>2</sup> zijn opgenomen in de vierde titel van Boek 3. De sleutel vindt men in art. 3.4.2.11 lid 1: 'Tenzij de wet anders bepaalt, vindt al hetgeen in deze afdeling omtrent overdracht van rechten is bepaald, overeenkomstige toepassing op de vestiging en de afstand van beperkte rechten'. In deze bepaling wordt niet gespecificeerd naar het object van die beperkte rechten; beperkte rechten op registergoederen zijn hieronder dus in principe begrepen. Derhalve ook hypotheek.

Wat is voor de vestiging voorgeschreven zonder dat een specifieke, afwijkende bepaling voor hypotheek anders bepaalt? Zien we allereerst naar art.3.4.2.2 lid 1 dat voor de overdracht van een goed—en daaronder vallen ook rechten—eist: de 'levering' krachtens 'geldige titel', verricht door hem, die bevoegd is over het goed te beschikken. Dat met deze 'titel' bedoeld is het rechtsfeit, dat tot de levering—bij hypotheek zou men consequent moeten zeggen tot verlening—verplicht, blijkt duidelijk uit de toelichting.<sup>3</sup>

Is er nu een bepaling te vinden, waaruit zou kunnen worden afgeleid, dat ten aanzien van het recht van hypotheek deze 'titel' niet vereist zou zijn? Naar ik meen niet. De conclusie moet dan ook zijn, dat ook voor hypotheekvestiging de traditionele titel vereist is in het Ontwerp-B.W. Wat wij hiervoor de hypotheekbelofte noemden, is nu een dergelijke titel.

Ook zegt de toelichting<sup>4</sup> uitdrukkelijk, dat voor overdracht van ieder goed het zogenaamde causale stelsel wordt gevolgd. Tot zover wat betreft de eerste fase: de belofte, de titel.

Voor de volgende fasen van de totstandkoming van het recht van hypotheek, te weten de verlening en vestiging (de eerste levering) is art.3.4.2.4 van belang. Dit artikel geeft immers in de eerste vier leden de bepalingen, welke gelden voor levering van enige registergoederen, namelijk de 'eigendom en andere zakelijke rechten op onroerende zaken'<sup>5</sup>, terwijl het vijfde lid bepaalt, dat deze regels uit de

1. Zie toelichting, p.282.

2. Vgl. Wery, a.w. p.79 e.v. voor soortgelijk onderzoek naar vestiging en overdracht van een beperkt recht op een zakelijk recht.

3. Toelichting, p.211.

4. Vgl. Toelichting, p.211. Evenals bij H.R.5-5-1950 N.J.1951 no.1 en H.R.9-2-1939 N.J.1939 no.865 wordt naast een geldige leveringshandeling en de bevoegdheid van de handelende persoon om over te dragen, een geldige titel geëist.

5. Hier wordt eigendom gekenmerkt als zakelijk recht op onroerende zaken, dus geen vereenzelviging van eigendom en stoffelijk voorwerp.

eerste vier leden overeenkomstige toepassing vinden op de levering van andere registergoederen.<sup>1</sup>

Men kan nu als volgt redeneren Ingevolge art.3.4.2.11 lid 1 zonder meer, gelden de regels van art.3.4.2.4 lid 1 t/m 4 voor de vestiging van hypotheek op eigendom van een onroerend stoffelijk voorwerp en ingevolge art.3.4.2.11 lid 1 jo art.3.4.2.4 lid 5, gelden de regels van art.3.4.2.4 lid 1 t/m 4 ook voor de vestiging van hypotheek op andere registergoederen. Alles evenwel met het voorbehoud van art.3.4.2.11 lid 1, te weten: tenzij de wet anders bepaalt. Derhalve moet worden onderzocht of ten aanzien van de verlening en vestiging (de eerste levering) van het recht van hypotheek in de eerste en vierde afdeling van de negende titel van boek 3 een eigen regeling wordt gegeven. Voor zover dit niet het geval zal blijken te zijn moet art.3.4.2.4 lid 1 t/m 4 gelden.

Zo keren wij terug tot art.3.9.4.2 dat handelt over de verlening en vestiging van een hypotheek.

Wat bepaalt art.3.4.2.4 zonder dat het in art.3.9.4.2 nader of in afwijkende zin geregeld is? Wat leert vergelijking van deze twee artikelen?

Art.3.9.4.2 luidt: 'Hypotheek wordt gevestigd door inschrijving van een notariële akte, waarbij de hypotheekgever aan de hypotheeknemer hypotheek op een registergoed verleent.' enz.<sup>2</sup>

Zoals reeds hiervoor opgemerkt, wordt in dit artikel een scherpe terminologie gehanteerd. De toelichting wijst hier ook uitdrukkelijk op.<sup>3</sup> Verlening geschiedt door de notariële akte en deze moet worden ingeschreven. Vestiging geschiedt door de inschrijving. Dit gebruik van de termen verlening en vestiging sluit aan op de momenteel voor het huidige recht meest gebruikelijke indeling en terminologie sinds het arrest Hoge Raad 28 oktober 1870, dat hiervoor reeds ter sprake kwam.

Voorts mag men aannemen, dat de akte en de inschrijving beide een constitutief element zijn bij de totstandkoming van een hypotheek, en dat de akte een tweezijdige rechtshandeling is. De tekst van art.3.9.4.2 lid 1 wijst in die richting. Bovendien is er geen reden hier anders te concluderen dan voor het huidige recht.

Behoudens twee eisen aangaande de inhoud van de akte<sup>4</sup> worden in art.3.9.4.2, noch in de overige artikelen van afd. 3.9.4, noch in afd.3.9.1 nadere regels gegeven voor de notariële akte, de wijze van hypotheekverlening.

Ook met betrekking tot de inschrijving worden geen nadere regels gegeven, behalve in de artt.3.9.4.4 en 3.9.4.5. Art.3.9.4.4 koppelt de rang van een hypotheek aan het moment waarop zij wordt ingeschreven, zoals dit ook thans geschiedt met dien verstande, dat het nieuwe artikel in overeenstemming met de bepaling van art.3.1.2.3 lid 2 het moment van inschrijving nauwkeuriger vaststelt.

1 Zonder onderscheid geldt overal de titel-eis 'Ten aanzien van de volgende fasen' de verlening en de vestiging (of wel tezamen de levering) specificeert het Ontwerp-B.W. wel

2 De toevoeging 'op registergoed' lijkt me overbodig Wanneer het object geen registergoed is, kan men niet van hypotheek spreken. Vgl. art 3.9.1.1 Ontwerp-B.W.

3 Toelichting, p.282

4 In de akte moeten o.a. beide partijen domicilie kiezen

Art.3.9.4.5 handhaaft de uitzonderingen voor de voorbehouden hypotheeken bij koop en scheidingsakten en geeft voorts een nieuwe bepaling voor rangwijziging. Dit laatste naar het heet in de Toelichting, teneinde het huidige systeem van 'lichten' te legaliseren.

Hiermede zijn voor zoveel het onderhavige punt betreft de artt.3.9.4.2 en volgende uitgeput, terwijl ook afd.3.9.1 geen nadere of afwijkende regels op dit punt bevat. Voor de overige bepalingen betreffende de verlening en de vestiging zullen we terug moeten keren tot art.3.4.2.4.

In lid 1 van art.3.4.2.4 wordt bepaald, dat levering geschiedt door een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte, gevolgd door haar inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers.<sup>1</sup> Een tweezijdige akte gevolgd door de inschrijving daarvan zijn de constitutieve vereisten voor de levering. In dit opzicht wijkt art.3.9.4.2 niet af. De bewoordingen van art.3.4.2.4 wijzen weliswaar *uitdrukkelijk* op een tweezijdige akte, doch naar de inhoud zijn de bepalingen op dit punt gelijk. Aanpassing van de tekst van 3.9.4.2 ware te overwegen.

Omtrent de inschrijving geeft de laatste zin van lid 1 echter een bepaling, welke niet voorkomt in art.3.9.4.2, namelijk dat de inschrijving verricht kan worden door de vervreemder, zowel als door de verkrijger. In tegenstelling tot de notariële akte, die 'tussen partijen' wordt opgemaakt en *twéé*zijdig is, kan de inschrijving *één*zijdig geschieden.<sup>2</sup> Dit zal *mutatis mutandis* ook gelden voor hypotheek.

Hetgeen vervolgens in lid 2 en in de eerste zin van lid 3 is opgenomen, zal niet gelden voor hypotheek. Lid 2 geeft een uitzondering op de algemene eis van een notariële akte. Uit het feit, dat art.3.9.4.2 nog eens *uitdrukkelijk* de eis stelt, dat verlening bij notariële akte plaatsheeft zonder daarbij uitzonderingen, hoe dan ook, toe te laten, kan worden afgeleid, dat de uitzonderingen gegeven in art. 3.4.2.4 lid 2—welke overigens dienen te verdwijnen—niet gelden voor hypotheek. Waartoe zou anders de explicite eis van art.3.9.4.2 dienen? Het zou louter herhaling zijn, hetgeen niet aannemelijk is, ook omdat juist voor het overige in art. 3.9.4.2 lid 3 verwezen wordt en niet wordt herhaald. Is art.3.9.4.2 lid 1 aanhef slechts als herhaling bedoeld, men zou hebben kunnen volstaan met een verwijzing naar art.3.4.2.4, aangevuld met de bepalingen omtrent de inhoud van de akte. De wetgever zou zelfs de verwijzing achterwege hebben kunnen laten en over vestigingswijze hebben kunnen zwijgen, zoals bij vruchtgebruik.

### *Volmacht tot hypotheekverlening*

Tenslotte lid 4 van art.3.4.2.4. Daarin wordt—zonder onderscheid te maken tussen 'vervreemder' en 'verkrijger'—gesteld dat, indien bij de akte iemand optreedt als gemachtigde van een der partijen, de volmacht in de akte nauwkeurig moet worden vermeld. Doch omtrent de vorm van die volmacht wordt niet gerept.<sup>3</sup>

1. Vgl. Toelichting p.218. Het Ontwerp-B.W. heeft zich duidelijk afgekeerd van het stelsel dat Scholten tot in zijn laatste Asser-bewerking handhaafde, al was het dan na aarzeling (zie Asser-Scholten, noot 1. p.194).

2. Vgl. Toelichting, p.219.

3. Een vormvoorschrift is op zich wel mogelijk in het Ontwerp-B.W.; zie de tekst van art.3.3.8 lid 2.

Dit laatste in tegenstelling tot het huidige art.1217. Zien we verder: Bij de algemene bepalingen voor pand en hypotheek in afd.3.9.1, noch bij de specifieke bepalingen voor hypotheek in afd.3.9.4, bij de algemene bepalingen voor rechtshandelingen in titel 3.2, noch bij de specifieke bepalingen voor volmacht in titel 3.3; nergens vindt men voorschriften, waaruit tot vormgebondenheid van de volmacht bij hypotheekverlening (of aanneming) zou moeten worden geconcludeerd.<sup>1</sup>

Merkwaardig is wel de toelichting op art.3.4.2.4 lid 4 <sup>2</sup> Daar stelt Meijers, dat de bepaling voornamelijk betekenis heeft voor het geval levering bij onderhandse akte geschiedt (conform de mogelijkheid van lid 2) 'omdat bij levering door authentieke akte, de volmacht aan de akte moet worden gehecht'. Dit veronderstelt een schriftelijke volmacht. Bedoelt Meijers dat de schriftelijke volmacht, zo die er is, moet worden aangehecht<sup>3</sup>, of—en dat is gezien de tekst en het verband van de toelichting aannemelijker—gaat Meijers ervan uit, dat bij authentieke akte van volmacht altijd schriftelijk zal zijn?

Een in art.3.4.2.4 op te nemen bepaling omtrent de vorm van de volmacht zou zeker op haar plaats zijn. Voor de gevallen, waarin voor overdracht of verlening een authentieke akte wordt vereist, zal in ieder geval de schriftelijke vorm voorgeschreven moeten worden.<sup>4</sup>

Over de vraag of voor een hypotheekverlening de regel van art.1217 lid 2 moet worden overgenomen en voor een volmacht van de hypotheekgever een authentieke akte moet worden voorgeschreven in een aan art.3.9.4.2 toe te voegen bepaling, kan men van mening verschillen. Ik neig tot negatieve beantwoording, vergelijk hiervoor p.21.

Voor de hypotheekgever zowel als voor de hypotheeknemer moet een schriftelijke volmacht voldoende geacht worden.

Hiermede zijn de regels van het Ontwerp-B.W. voor hypotheekvestiging gegeven in afd.3.9.4 en afd.3.4.2 in vogelvlucht de revue gepasseerd. Resten slechts—wanneer wij vasthouden aan de indeling: belofte-verlening-vestiging—de bepalingen omtrent inschrijving voor zover deze niet ter sprake zijn gekomen bij de behandeling van afd. 3 4 2 Deze inschrijving geschiedt in de daartoe bestemde openbare registers Hierover handelt afdeling 2 van de eerste titel van Boek 3

### c. Inschrijving – Openbare registers

In afd.3.1.2 treft men enige bepalingen aan omtrent de wijze van inschrijving. Voor ons onderwerp is art.3.1.2.1 lid 2 het meest van belang. In dit artikel wordt

1. Zie ook Voorlopig Verslag, p 11 Ook het adres van de beide Broederschappen wijst hier op, W.P.N.R 4535

2. Toelichting op p 219 Vgl ook Toelichting, p 200/201 waar blijkt dat de volmacht tothypotheek-verlening aan bepaalde vorm gebonden is Zie ook J.M Polak, Ars Notariatus VI, p 55

3. Dat zou dan zijn op grond van art 32 van de Wet op het Notarisambt.

4. Gelijk Meijers ook als feitelijk in het Ontwerp-B.W. schijnt te veronderstellen

verwezen naar een algemene maatregel van bestuur, waarbij de gehele uitvoering van de wettelijke bepalingen betreffende de registers moet worden geregeld. Zo zal ook bij deze A.M.v.B. worden bepaald, 'welke stukken aan de bewaarder ter hand moeten worden gesteld om een inschrijving te verkrijgen' en voorts 'wat deze stukken moeten inhouden'. Verdere bepalingen omtrent de wijze waarop inschrijving geschiedt geeft afd. 3.1.2 niet. Met name artikelen zoals omtrent inschrijving van uittreksels en van borderellen in het huidige B.W. voorkomen, treft men niet aan. Voor dit alles wordt verwezen naar een A.M.v.B.

In dit verband zij er nog op gewezen, dat art. 3.9.4.2 spreekt over de inschrijving van een notariële akte. Dit wijkt af van het huidige juridische spraakgebruik waar met betrekking tot inschrijving bij hypotheekvestiging veelal gesproken wordt over inschrijven *krachtens* de notariële akte. De commissie uit de beide Broederschappen ziet hier een moeilijkheid.<sup>1</sup> De vaste commissie voor Justitie scheen er net zo over te denken. Zij achten de borderellen in gevaar. Hun redenering is de volgende: Wanneer in plaats van inschrijving krachtens de hypotheekakte gesteld wordt een 'inschrijving van de hypotheekakte' moet de akte zelf worden ingeschreven en is de weg voor een borderel—gezien als zakelijk uittreksel—afgesneden. Een A.M.v.B. van art. 3.1.2.1 lid 2 zou niet zonder in strijd te komen met de wet (i.c. art. 3.9.4.2) voor inschrijving een stuk als het huidige borderel kunnen voorschrijven. Om met het laatste te beginnen niet is in te zien, dat art. 3.9.4.2 op dit punt art. 3.1.2.1 lid 2 aan banden legt.<sup>2</sup> De A.M.v.B. moet de door de wet gestelde regels eerbiedigen, maar schiet zij daarin te kort, wanneer zij in de plaats van een afschrift van de akte te eisen, volstaat met een woordelijk gelijkkludend uittreksel, of zelfs met een zakelijk uittreksel? Ik meen van niet. Zou art. 3.9.4.2 overschrijving van de akte voorschrijven dan zou er tenminste een grammaticaal argument zijn voor de stelling, dat met een uittreksel niet volstaan kan worden. Nu gesproken wordt over inschrijving, is zelfs dat argument niet aanwezig. In de toelichting op art. 3.1.2.1 lid 2 is ook duidelijk de verloren gewaande mogelijkheid terug te vinden.<sup>3</sup> In bedoelde A.M.v.B. kan in alle vrijheid bepaald worden, hoe de inschrijving van de akte geschiedt.

De eisen betreffende hetgeen gepubliceerd wordt, betreffende de inhoud van de in te leveren stukken dus, zullen voor akten houdende overdracht van onroerend goed of vestiging van beperkte rechten hypotheek daarbij inbegrepen, in beginsel gelijk moeten zijn. De betrokken bepalingen moeten zodanig luiden, dat in beginsel de complete tekst van de akte in de registers wordt opgenomen, met de mogelijkheid voor bepaalde gevallen te volstaan met een authentiek woordelijk gelijkkludend uittreksel uit de akte.

1. W.P.N.R. 4535 Zie ook Voorlopig Verslag, p. 35

2. Vgl. in dit verband hetgeen Luyten opmerkt, Klaassen-Eggens-Luyten, p. 206, t.a.v. het Besluit Huwelijksgoederenregister. Daar treft men wel overschrijving van de grens en der delegatie aan.

3. P. 174. De A.M.v.B. zal zich moeten bepalen tot het aangeven van wat aan de bewaarder der registers moet worden overgelegd, een afschrift of het origineel der akte, dan wel een uittreksel der akte, en, in geval een uittreksel kan overgelegd worden, wat dit uittreksel moet bevatten.

Het ware overigens te overwegen dit gedeelte van de bepalingen betreffende de registers op te nemen in de wet; het is te zeer op de constitutieve eis van inschrijving betrokken, dan dat volstaan kan worden met opname in een A.M.v.B.

#### d. Conclusie

Art. 3.9.4.2 verwijst naar de algemene regels voor de totstandkoming van beperkte rechten op registergoederen voor alles wat niet in art.3.9.4.2 is geregeld. Hierbij valt op, zoals in het voorgaande gebleken moge zijn, dat art.3.9.4.2 slechts een enkele specifieke regel geeft, welke echter geen principiële afwijking van de algemene regels inhoudt. De afwijking is voornamelijk gelegen in een iets stringenter vormvoorschrift voor de verlening van de hypotheek.

Naar mijn mening kan dan ook gezegd worden, dat wat betreft de principiële punten van de totstandkoming<sup>1</sup>: titel—zakelijke overeenkomst—inschrijving, het recht van hypotheek, volledig is opgenomen in de rij van de beperkte rechten en ook—zo men wil—van de zakelijke rechten. In vergelijking met het huidige recht, is een duidelijker plaats verkregen.

<sup>1</sup> Maximaal zou men kunnen dubbiëren over de vraag of er verschil is t.a.v. de eis notariële akte/ onderhandse akte in art.3.9.2.4. en art.3.4.2.4.

## II. De twee preferenties in het zakelijk recht van hypotheek

### 1. INLEIDING

In het vorige hoofdstuk werd geconstateerd, dat de totstandkoming van een recht van hypotheek eerst voltooid is door de inschrijving. De inschrijving is het laatste constitutieve vereiste; is daaraan voldaan dan bestaat de hypotheek, gesteld dat alle voorafgaande eisen naar behoren zijn vervuld. Dit geldt voor het recht van hypotheek in zijn volle omvang, met alle facetten. Het geldt voor hypotheek in haar kwaliteit van zakelijk recht, met de daaraan inherente eigenschappen als droit de suite en droit de *préférence*, maar evenzeer voor de hypotheek wat betreft haar specifieke inhoud: het verschaffen van een bevoorrechte plaats onder de schuldeisers.<sup>1</sup>

Bij hypotheek spelen twee preferenties mee. De eerstgenoemde ligt weliswaar op een ander niveau dan de tweede, maar zij zijn beide in één recht verenigd.

Scholten zegt in zijn Asser-bewerking<sup>2</sup>: 'In iedere hypotheek der ons bekende wetgevingen strijden twee gedachten om den voorrang: het denkbeeld van het recht op het goed en dat van den rang onder meerdere overigens gelijkgerechtigde crediteuren'. Hij betoogt voorts, dat in ons recht het recht op het goed, het zakelijk karakter, meer op de voorgrond staat, terwijl in Frankrijk daarentegen de plaats onder de crediteuren meer op het eerste plan staat. Dit komt ook herhaaldelijk naar voren in het historische onderzoek van Herman.<sup>3</sup>

Deze twee aspecten van het recht van hypotheek worden in dit hoofdstuk nader belicht.

Is het mogelijk deze twee harmonisch te laten samengaan, of moeten we tot de conclusie komen dat het recht altijd op twee gedachten blijft hinken, omdat de zakenrechtelijke preferentie niet zou zijn overeen te brengen met de obligatoire preferentie, de bevoorrechte plaats onder de crediteuren, die een essentiale van het hypotheekrecht uitmaakt?

Bij sommige schrijvers lijkt het alsof zij ervan uitgaan, dat de plaats onder de crediteuren in ons recht opgaat in het zakelijk recht, zodanig dat het de *préférence* van het zakelijk recht wordt.

Zo bijv. Scholten, waar hij het zogenaamde Franse systeem tegenover het onze stelt.<sup>4</sup> Hij betoogt dat in het Franse systeem het droit de *préférence* en het droit

1. De definitie van het recht van hypotheek spreekt weliswaar niet over deze inhoud, maar wordt dan ook algemeen incompleet geacht. Vgl. slechts Asser-Van Oven, p 124, Asser-Scholten; p 458, Van Nierop, p 26

2. p 487.

3. Zie zijn meergenoemde dissertatie

4. Asser-Scholten, p 487. Hij besteedt hieraan veel aandacht, omdat hij het nodig heeft ter verklaring

de suite twee min of meer zelfstandige bevoegdheden zijn. Dit in tegenstelling tot de situatie in ons recht waar deze twee uitvloeisels zijn van het als eenheid beschouwde recht op de waarde van het goed.

Over de werking van de inschrijving in dat Franse systeem zegt Scholten, dat men zich eerst door die inschrijving de plaats onder de crediteuren verwerft; men verschaft zich: 'een bevoorrechte *'préférence'* en *'suite'* medebrengende plaats'.<sup>1</sup> Even verder zegt hij: De bevoorrechte plaats wordt door de inschrijving ingenomen, dan eerst ontstaan de rechten van *préférence* en *suite*. Wanneer het dan op pagina 489 vervolgens over de betekenis van onze inschrijving gaat, heet het dat ons hypotheekrecht door de wetgever is gemaakt tot meer dan een combinatie van *droit de préférence* en *droit de suite* alleen, nl. tot een zelfstandig zakelijk recht op een bepaald goed. En het lijkt—ook in de verdere behandeling—alsof wij toch niet met meer dan dat ene *droit de préférence* te doen hebben. Moeten wij het dan zo zien, dat wij te maken hebben met een bevoorrechte plaats onder de crediteuren, een *préférence*, die ook *droit de suite* heeft? Heeft men in het Franse systeem deze twee elementen afzonderlijk naast elkaar, als gecombineerd recht en in ons systeem eveneens die twee elementen, maar dan niet afzonderlijk, doch beide als gevolg van het ene recht op de waarde van het goed?

Het komt mij voor, dat er in ons recht twee preferenties in het geding zijn. De bevoorrechte plaats onder de schuldeisers gaat niet op in de preferentie die eigen is aan de kwaliteit zakelijk recht. Evenmin kan het omgekeerde volgehouden worden. Men kan het zó stellen: de bevoorrechte plaats onder de crediteuren is 'ondergebracht' in een zakelijk recht.

Ten aanzien van elk van deze preferenties, is de inschrijving het beslissende moment. De inschrijving beslist over ouder of jonger; over de vraag welk recht voor gaat. Beide preferenties ontstaan bij de inschrijving. Een ander criterium is wel mogelijk maar lijkt mij niet met de aard van deze beide preferenties gegeven.<sup>2</sup> Voor een afwijking van de door het moment van ontstaan bepaalde rangorde is een aparte regeling nodig.

In casu hebben we te doen met twee groepen van onderling gelijk gearde rechten: de zakelijke rechten enerzijds, de obligatoire rechten anderzijds. Tot de eerste categorie behoort de hypotheek als zakelijk recht; tot de tweede categorie behoort de hypotheek in zoverre zij een bevoorrechte plaats onder de schuldeisers geeft. De eerste ordening ligt in het zakenrechtelijk vlak. De tweede ligt in wezen op het obligatoire niveau—de obligatoire schuld wordt bij voorrang verhaalbaar—maar is ondergebracht in het zakelijke recht.

Om nu een goed hanteerbaar recht te verkrijgen, zullen in dat ene recht de twee

van zijn standpunt, dat in tegenstelling tot de overschrijving—de inschrijving constitutief is voor het ontstaan van het recht.

1. Vgl. bijv. ook Herman, p.45, die een oude Franse schrijver citeert, Toullier, Tome XXI livre III tit. XVIII. De inschrijving geeft *préférence* en *suite*. *Préférence* is daar kennelijk te verstaan als de bevoorrechte plaats onder de schuldeisers.

2. Vgl. Asser-Beekhuis I, p.10.



verschillende preferenties zo goed mogelijk overeenkomstig hun aard tot gelding moeten komen. In de regeling voor het hypotheekrecht zoals ons B.W. die geeft is dit minder ver verwezenlijkt dan mogelijk is. Een aantal belangrijke problemen uit ons hypotheekrecht is daaraan toe te schrijven.

## 2. HET ZAKELIJK ASPECT VAN HET RECHT VAN HYPOTHEEK

Van oudsher heeft het aspect zakelijk recht op de voorgrond gestaan in het hypotheekbegrip in onze streken. Herman toont zulks aan in zijn meergenoemde dissertatie. Het is een Germaansrechtelijk beginsel, dat hypotheek een directe band geeft met de grond.<sup>1</sup> Deze band is altijd bewaard gebleven; de invloed van het Romeinse recht is nooit zo sterk geweest, dat de hypotheek is geworden tot louter een bevoorrechte plaats onder de crediteuren.<sup>2</sup>

Wat betreft de twee elementen, die thans nog een belangrijke plaats hebben in het hypotheekrecht: het zakelijk recht enerzijds en de plaats onder de crediteuren anderzijds, komt in Hermans onderzoekingen een duidelijker beeld naar voren van de ontwikkeling van het verband tussen deze twee in het Franse recht dan van die ontwikkeling in het Hollandse recht.

In het Franse recht ging men uit van het recht op een bevoorrechte plaats onder de crediteuren en dat recht ontwikkelde zich daar tot een zakelijk recht op een bevoorrechte plaats.

Anders voltrok zich de ontwikkeling in onze streken. Daar zouden wij moeten uitgaan van het hierboven genoemde Germaansrechtelijk beginsel—de directe band met het goed, het zakelijk aspect—maar we bemerken dan dat het tweede element: de bevoorrechte plaats onder de crediteuren veel moeilijker is terug te vinden.<sup>3</sup> Wel komt duidelijk tot uiting, dat ontwikkelingen zoals intrede van specialiteit en publiciteit in het Oudhollandse recht veel minder moeilijkheden veroorzaken, dan in het oude Franse recht. En voorts, gaat men uit van de directe band met het goed en blijft dat ondanks de receptie van Romeins en Frans recht het leidend beginsel, dan blijken ook allerlei min of meer aanverwante rechten, zoals wettelijke en algemene of generale hypotheeken<sup>4</sup> en privileges geen beslissende invloed te kunnen uitoefenen op ons hypotheekrecht.

Het aspect zakelijk recht blijft op de voorgrond staan. Toch is de plaats onder de crediteuren een element van belang voor ons hedendaags hypotheekrecht. Het feit, dat de ontwikkeling van de bevoorrechte plaats onder de crediteuren, verbonden aan onroerend goed, welhaast noodzakelijkerwijze, zoals dat in het Franse recht is geschied, moet leiden tot een constructie die wij zakelijk recht noemen

1. Vgl. Herman, o.a. p.15; Asser-Van Oven, p.125.

2. Vgl. Herman, p.109/110.

3. Aanvankelijk was daarvan ook geheel geen sprake. Hypotheek was een vorm van zaaksverhaal; van zakelijke Haftung zonder dat er zelfs van 'schuld'—een persoonlijke aansprakelijkheid—sprake was. Crediteurenpreferentie ontstaat eerst zodra de crediteuren de goederen van hun debiteur kunnen uitwinnen, wanneer een regel ontstaat als vervat in art.1177 lid 1.

4. Zij stroken niet met het Germaanse principe, constateert Herman, p.85/87

en dus in haar uitkomst overeenkomst gaat vertonen met het in oorsprong Germaansrechtelijke beginsel, doet daaraan niet af.

Het Burgerlijk Wetboek omschrijft hypotheek in art. 1208 als een zakelijk recht op onroerende goederen strekkende om daaraan de voldoening ener verbintenis te verhalen.

Hoewel deze omschrijving verre van compleet is, geeft zij in ieder geval wel de kwalificatie die op dit moment voor ons van belang is: hypotheek is een zakelijk recht. Ook uit art. 584 is dit te lezen. Daarmede zijn ook de algemene eigenschappen van zakelijke rechten van toepassing op hypotheek, voor zover de wet daarvan niet afwijkt.

Een zakelijk recht heeft een absoluut karakter, het brengt een algemene eerbiedigingsplicht mede.<sup>1</sup> Zo zal hypotheek sterker werken dan een obligatoir recht, wanneer de hypotheek betrekking heeft op eenzelfde goed als waarop een obligatoir recht betrekking heeft, zal de hypotheek, het zakelijk recht, voor gaan.<sup>2</sup> Dit kan men een preferentie noemen. Het is echter niet deze preferentie, welke ons op dit moment het meest interesseert, deze preferentie is gegeven door de verschillende aard van de twee concurrerende rechten.

Het absoluut karakter heeft echter ook gevolgen ten aanzien van aan het hypotheekrecht gelijksoortige rechten. de andere zakelijke rechten en ten aanzien van zakenrechtelijke handelingen. Op dit niveau spelen wat wij noemen het *droit de suite* en het *droit de préférence* van het zakelijk recht.

Het *droit de suite*—eveneens een uiting van het absoluut karakter van het zakelijk recht—onderscheidt men wel in het *droit de suite* van het recht zelf en het *droit de suite* van de vordering die aan het recht verbonden is.<sup>3</sup> Het laatste is een consequent verlengstuk van het eerste. Het *droit de suite* van het recht zelf bewerkt, dat het goed ook wanneer het in vreemde handen is overgegaan belast blijft met de hypotheek, zodat de mogelijkheid van 'opvordering' ten verkoop, de mogelijkheid van uitwinning, gehandhaafd blijft.

Het is merkwaardig, dat de wet juist bij hypotheek uitdrukkelijk over dat *droit de suite* spreekt. Art. 1209 lid 2 zegt: de goederen blijven daarmede belast in welke handen dezelve ook overgaan, art. 1242 zegt het nog eens uitdrukkelijk. Bij de overige zakelijke rechten gebeurt dit niet. De geschiedenis van de totstandkoming van ons B W, zoals Voorduin die weergeeft, verschaft geen nader inzicht in het waarom van deze uitzondering. Ook Assers Vergelijking spreekt hierover niet. Slechts vragen omtrent executie komen bij art. 1242 ter sprake.

Het lijkt er veel op, dat deze uitdrukkelijke verklaringen van art. 1209 lid 2 en van art. 1242 berusten op nawerking van de Code, waar het hypotheekrecht zich

1 In hoeverre op dit absolute karakter kan worden afgedongen, komt in het volgende hoofdstuk ter sprake. Het principe blijft nog gehandhaafd.

2 Vgl. Asser-Beekhuis I, p. 10/11.

3 Vgl. Asser-Beekhuis I, p. 6 e v., zie m. n. p. 8, Meijers, Alg. Begrippen, p. 269 e v. waar negen elementen van het zakelijk recht genoemd worden.

had ontwikkeld tot een recht met droit de suite en een dergelijke uitdrukkelijke uitwerking in de wetstekst geenszins vreemd aandoet.

Het droit de suite handhaaft het zakelijk recht ook, indien het goed waarop het recht gevestigd is in andere handen overgaat. Dit wordt algemeen gesteld<sup>1</sup>; het geldt niet alleen tegenover een nieuwe eigenaar, maar ook tegenover een nieuwe houder of bezitter.

Het kan ook worden uitgebreid in enigszins andere zin. De zakelijk gerechtigde behoudt zijn recht immers ook, wanneer de zaak waarop zijn recht betrekking heeft 'gedeeltelijk wordt vervreemd'. Ik bedoel wanneer die zaak wordt belast met een ander zakelijk recht. Dit is een onontkoombare consequentie van het absoluut karakter. Het zou op zijn minst genomen vreemd zijn en slecht passend in ons zakenrechtelijk systeem als wel de latere algehele vervreemding, maar niet de latere gedeeltelijke vervreemding het recht onaangetast laat.<sup>2</sup> Het juridisch spraakgebruik werkt op dit punt echter met de term *droit de préférence*, wanneer bedoeld wordt op de handhaving tegenover later zakelijk gerechtigden.<sup>3</sup>

Wanneer twee zakelijke rechten met elkaar in botsing komen zal het oudste voor gaan; het heeft *droit de préférence*. Als algemeen beginsel is dit in de wet nergens geformuleerd, het valt echter op, dat de wetsteksten, welke gewoonlijk worden aangehaald wanneer het *droit de préférence* besproken wordt, twee gevallen betreffen waarbij de verhouding tot het recht van hypotheek geregeld wordt. De ene keer hypotheek contra vruchtgebruik, waarbij naar luid van art. 846 de eerdere hypotheek voorgaat op het later gevestigde vruchtgebruik; in het tweede geval—in art. 1226—wordt de onderlinge verhouding van hypotheeken geregeld. Dit zijn ook de twee enige gevallen waarin de wet zich uitlaat over deze rangorde. Daarbij moet worden aangetekend, dat de regel van art. 1226 m.i. tenminste evenzeer handelt over de plaats onder de crediteuren, die vervat is in het hypotheekrecht, als over de rang van de zakelijke rechten.

Het *droit de préférence* of prioriteitsbeginsel bij zakelijke rechten geeft een ordening tussen de zakelijke rechten onderling. Het staat in tegenstelling tot de *paritas creditorum*, welke in het verbintenissenrecht heerst. Het bijzondere bij het recht van hypotheek is nu, dat hier het zakelijk recht ook naar zijn inhoud een afwijking geeft van genoemde *paritas*, dat dus de afwijking van de *paritas creditorum* op het verbintenissenrechtelijke vlak door middel van een speciale betrokkenheid op onroerend goed gerealiseerd is in een zakelijk recht; dat wil zeggen in een recht, dat *qualitate qua* ook afwijkt van die *paritas*.

Met dit *droit de préférence* wordt een rangorde op het zakenrechtelijke vlak gegeven, zonder dat speciaal gelet wordt op de inhoud van het betrokken zakelijk recht. Met deze beperking echter<sup>4</sup> dat het voorgaan van het oudere zakelijk recht

1. Vgl. Asser-Beekhuis I, p 9, Meijers, Alg. Begrippen, p 269.

2. Vgl. de door Herman, p 81 geciteerde uitspraken van het Hof van Holland d d 31-7-1609, 29-7-1611; 4-9-1615 waar reeds duidelijk tot uiting komt dat vervreemden en zakenrechtelijk bezwaren in dit verband op een lijn gesteld moeten worden.

3. Vgl. Asser-Beekhuis I, p 10.

4. Vgl. Asser-Beekhuis I, p 10.

alleen tot uiting komt als er sprake is van een botsing tussen zakelijke rechten.

Bij het recht van hypotheek geeft deze beperking een apart effect. Hypotheek is immers geen genotsrecht.<sup>1</sup> Het is een zakelijk zekerheidsrecht, waardoor de gerechtigde tot dat recht voor zover zijn vordering strekt de waarde van het verbonden goed als het ware voor zich reserveert en deze waarde ter voldoening van zijn vordering verkrijgt door het goed uit te winnen en de opbrengst te ontvangen.

Voordat deze verkoop aan bod is kan dus van geen enkel later recht gezegd worden dat het met de hypotheek in botsing komt.<sup>2</sup> Is de executie eenmaal aanstaande, dan kan echter van elk later zakelijk recht—andere hypotheeken daarbij inbegrepen—gezegd worden, dat het met een gevestigde hypotheek botst.

Alle zakelijke rechten, voor zover na de hypotheek gevestigd, nemen een gedeelte van het verbonden onderpand weg. Op deze later gevestigde zakelijke rechten nu, zal de hypotheek ingevolge het zakenrechtelijk droit de *préférence* voorstaan.

Zoals zovele kwesties in het hypotheekrecht, speelt dus ook deze in de praktijk pas bij de executie. De uitoefening van de door de hypotheek verkregen rechten heeft eerst plaats op het moment dat metterdaad verhaal gezocht wordt. Het hypotheekrecht gaat op in de mogelijkheid het goed uit te winnen. Daarbij maakt de hypotheekhouder gebruik van zijn recht om de waarde van het verbonden goed te zijnen nutte aan te wenden ter voldoening van zijn vordering.

Waarom geeft onze wet voor het droit de suite bij hypotheek een aparte bepaling? Waarom is dit eveneens het geval met het droit de *préférence*—gesteld dat we art.1226 tevens kunnen hanteren als aangevende de rang onder de zakelijke rechten? De verklaring moet zijn, dat opneming van de hypotheek in de rijen van de zakelijke rechten niet even vanzelfsprekend was als dat het geval was met de overige zakelijke rechten. Dit geldt met name voor art.1209 lid 2; vergelijk ook hetgeen hiervóór werd opgemerkt over nawerking van de Code. Voor art.1226 geldt het in mindere mate, bij dit artikel speelt vooral ook de crediteursrang een belangrijke rol.

Het verschillend karakter van het zekerheidsrecht—de zekerheid zo nodig de waarde van het verbonden goed tot zich te kunnen nemen—enerzijds en het genotsrecht—het onmiddellijk feitelijk tot zich nemen van het genot van het belaste goed—anderzijds bemoeilijkt kennelijk een goede integratie.

Bij hypotheek spreekt het samengaan van droit de suite en droit de *préférence* heel duidelijk.

Het verbonden goed 'haftet' door de hypotheek voor de voldoening van een

1. Vgl. Asser-Scholten, p.283: Hypotheek rust op het goed als voorwerp van waarde. De andere zakelijke rechten rusten op het goed als voorwerp van gebruik.

2. Dat is m.i. ook de reden dat de vestiging van zakelijke rechten na de vestiging van een hypotheek moet worden toegestaan. Vroeger werd hierover wel anders gedacht. Vgl. hierover Asser-Scholten, p.501; Asser-Van Oven, p.163/164. Zie verder het volgende hoofdstuk

bepaalde schuld. De waarde van het verbonden goed is de waarborg voor de crediteur voor het geval de debiteur zijn verplichting uit de schuld niet mocht nakomen. Wat heeft deze waarborg voor praktisch nut, wanneer het recht, waarin zij is vervat, zou eindigen door vervreemding van het onderpand<sup>1</sup>, of wanneer vestiging van andere zakelijke rechten zou moeten worden geaccepteerd.

Deze speciale 'Haftung' van het verbonden goed kan—wil zij effectief werken—droit de suite en droit de préférence niet ontberen. Is het anders, zoals bijv. bij de generale hypotheeken, die in het Oudhollands recht ook wel bestaan hebben, dan kan men niet spreken van een zakelijke Haftung, maar slechts van een bevoorrechte plaats onder de crediteuren, die valt en staat met hetgeen de debiteur op het moment, dat het op verhaal aankomt aan onroerende activa blijkt te bezitten. Daarom bleek ook de generale hypotheek achtergesteld te moeten worden bij de speciale.<sup>2</sup> De generale hypotheek gaat van een geheel ander principe uit; zij stoelt veeleer op de algehele vermogensaansprakelijkheid en brengt op dat vlak rangorde onder de crediteuren. Zij past dan ook veel beter in het Franse recht. In het Oudhollandse recht past beter de opvatting van de zakelijk werkende hypotheek.

Wanneer zich langzamerhand een recht van hypotheek ontwikkelt met zakerechtelijke aspecten als publiciteit, specialiteit en droit de suite, dan is het begrijpelijk dat dit gemakkelijker valt in het passen in de ontwikkelingslijn van een in oorsprong Germaans hypotheekbegrip, zoals dat hier gold, dan in het Franse. Het is ook niet te verwonderen, dat in het Oudhollandse hypotheekrecht eerder orde op zaken werd gesteld, dan in het Franse hypotheekrecht.<sup>3</sup>

Bij Herman kan men lezen hoe die ontwikkeling van het Germaanse hypotheekbegrip in het Oudhollandse recht en tot in ons B.W. is verlopen; hoe specialiteit en publiciteit worden ingevoerd en hoe aan het principe vreemde invloeden naar de achtergrond worden gedrongen.

Hij komt tenslotte tot de conclusie, dat het karakter van onze hypotheek hetzelfde is gebleven als in het Oudhollandse recht.<sup>4</sup> Dit moge zo zijn, maar een facet van onze hypotheek: de rang onder de crediteuren mist men toch wel in de ontwikkelingslijn. Hoe is de invloed geweest van een aan het Germaans recht vreemd element als de algehele vermogensaansprakelijkheid? Deze is toch ook de onze geworden<sup>5</sup> en zij voert tot de plaats onder de crediteuren. Bedoelt Scholten ook dit, wanneer hij, sprekend over het inschrijvingssysteem van de Code, stelt te geloven, dat Herman de invloed van het Franse recht te laag aanslaat?<sup>6</sup>

1. Gesteld dat niet het principe van de algemene zaaksvervanging geldt, hetgeen ook niet het geval is in het B.W. Zou het wel medespelen, dan wordt aan de speciale betrokkenheid op een bepaald goed afbreuk gedaan. Een ontwikkeling in die richting lijkt me in het algemeen ook niet juist. Een beperking tot vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbondene treedt (Art. 3.9.1.3. O.B.W.) is juist.

2. Vgl. Herman die de duidelijke kentering rond 1600 beschrijft, p. 79. Zie ook p. 85/87.

3. Zie Herman, p. 109. Volgens hem steekt het Oudhollands Recht gunstig af bij het Franse

4. Herman, p. 154.

5. Vgl. bijv. De Groot II 48, §§ 7-9 waar hij in een bepaald geval zelfs de preferentie op de overige crediteuren als criterium hanteert voor de beoordeling of iets al dan niet een hypotheek is!

6. Asser-Scholten, p. 489.

## 3. DE BEVOORRECHTE PLAATS ONDER DE CREDITEUREN

Deze betreft de inhoud van het recht van hypotheek. De schuldeiser krijgt een bevoorrechte plaats onder de crediteuren.<sup>1</sup>

Bij de omschrijving in art.1208 treft men, zoals gezegd, deze wezenstrek van het hypotheekrecht niet aan. Wel spreekt de wet er over in de 18e Titel direct voorafgaande aan de Titels over pand en hypotheek. In de artt.1177 en 1178 wordt het principe van onze wet met betrekking tot de aansprakelijkheid voor schulden tot uitdrukking gebracht. Alle goederen zijn verhaalsaansprakelijk, en de schuldeisers gaan gelijk op; zij worden uit de opbrengst van de goederen van de debiteur ponds-ponds-gewijs voldaan. Het is wederom de waarde van de goederen, welke de waarborg vormt voor de crediteuren.

Het slot van art.1178 wijst op de mogelijkheid dat er een zekere rangorde onder de in principe gelijkgerechtigde crediteuren bestaat. In art.1179 wordt vervolgens aangegeven hoe die voorrang ontstaat; daar wordt ook onderzetting of hypotheek als reden van voorrang genoemd.

Dit speelt volledig op het verbintenisrechtelijke vlak. Het gaat uitdrukkelijk over de onderlinge verhouding van de crediteuren.

Hoewel de wet er in art.1178 dus uitdrukkelijk op wijst, dat er een rangorde kan bestaan onder de crediteuren en daarbij in art.1179 hypotheek aangeeft als een van de mogelijkheden waaruit die voorrang kan voortspruiten, vindt men in de regeling voor het hypotheekrecht zelf, hierover weinig. Slechts de artt.1226, 1227 en 1228 zouden hier genoemd kunnen worden, en voorts de artikelen handelende over de rangregeling

Laten we een ogenblik aandacht schenken aan de meergenoemde ontwikkeling van de hypotheek *in het Franse recht*; daar heeft immers de bevoorrechte plaats onder de crediteuren altijd op de voorgrond gestaan, althans een belangrijker rol gespeeld dan bij ons.

Herman geeft een duidelijk beeld van die ontwikkeling. Het in Frankrijk geldende systeem ging uit van hypotheek als vorm van vermogensaansprakelijkheid met een plaats onder de crediteuren, maar betreft deze later speciaal op onroerend goed. Het is dan een heel begrijpelijke ontwikkeling, dat men—bij aanwezigheid van allerlei voorrechten en privileges en meerdere soorten hypotheeken, waaronder generale en speciale—tracht hierin enige orde te brengen door middel van de invoering van publiciteit en specialiteit. Deze worden echter niet slechts betrokken op die bepaalde plaats onder de crediteuren, respectievelijk het bedrag waarvoor men die bepaalde plaats innam, maar ook—door de nauwe band met het onroerend goed—op het verbonden onderpand. De speciale hypotheek krijgt ook een sterkere werking dan de generale.<sup>2</sup> Voorts is het begrijpelijk dat een goed functioneren van een dergelijk recht vraagt om bescherming tegen vervreemding,

1. Vgl. Asser-Scholten, p.487.

2. Deze generale hypotheek paste wel in het Franse recht; gaf slechts recht op voorrang bij vermogensverhaal en paste in de verbintenisrechtelijke sfeer. Zij had ook vaak geen droit de suite

hetgeen bereikt wordt door het recht droit de suite te geven. Uit de aard der zaak komt men op deze wijze tot een constructie, die wij zakelijk recht noemen.

In het Franse recht heeft dit tot moeilijkheden aanleiding gegeven. Immers invoering van publiciteit voor de rangverlening en specialiteit van het bedrag waarvoor dat gebeurt, verdragen zich nog wel met de hypotheek gezien als gevende een plaats onder de crediteuren, dit blijft in het obligatoire vlak.

Moeilijker wordt het wanneer die publiciteit en specialiteit betrokken wordt op het verbonden goed en men bovendien het droit de suite invoert. Dan komt men immers op het zakenrechtelijke terrein. Doet men dit—zo stelt Herman het op pag. 36—dan gaat het aspect vermogensaansprakelijkheid en plaats onder de crediteuren verloren en gaat de hypotheek over in een zakelijk recht.<sup>1</sup> Hij constateert dan verder, dat de twee opvattingen vermogensaansprakelijkheid en zakelijk recht niet werden onderscheiden en niet scherp tegenover elkaar werden gesteld; men heeft ook geen keuze gemaakt voor het ene of het andere. Dat deze keuze uitblijft, tenminste in die strikte zin, komt mij begrijpelijk voor. Het mag dan waar zijn, dat de hypotheek op de geschetste wijze een zakelijk recht wordt, daarmee is het bijzondere aspect: de rang onder de crediteuren nog niet verdwenen. Althans niet in een systeem dat—afgezien van hypotheekrecht—een algemene vermogensaansprakelijkheid kent. Ook al zou men scherp gekozen hebben voor hypotheek als zakelijk recht, het probleem dat aan de orde is, zou toch niet zijn opgelost. Het is bij hypotheek in de latere ontwikkeling niet óf het ene óf het andere, maar beide. Het Franse hypotheekbegrip vroeg als het ware om datgene wat eraan ontbrak: het zakelijk karakter, maar is dat eenmaal aanwezig, dan behoeft de hypotheek daar nog niet geheel in op te gaan. Werd geen keuze gedaan—m.i. omdat dat niet mogelijk was; men wenste niet een van de twee maar beide<sup>2</sup>—ook verkreeg men geen geïntegreerd geheel. De twee elementen worden—enigszins tegenstrijdig—in één recht bijeengevoegd.<sup>3</sup>

Tegen de achtergrond van deze ontwikkeling, die uitmondt in de Code, die op zijn beurt toch weer méde model heeft gestaan voor onze wetgeving, is voor de betreffende eenzijdigheid van onze wet, die dat aspect crediteurenrang onvoldoende integreert, terwijl toch het karakter dualistisch bleef, wellicht een verklaring te geven. Want dit tenslotte uit de Code afkomstige hypotheekbegrip heeft naast het Germaans-Oudhollandse hypotheekbegrip mede gespeeld.<sup>4</sup> Maar een en ander heeft niet geleid tot een hypotheekrecht waarin alles opgaat in het aspect zakelijk recht. Vreemd genoeg geeft het B.W. echter de *indruk* dat dit wel is ge-

1 Hij stelt het daar voor als zou de hypotheek dan terecht komen bij het Germaanse beginsel: niet de vermogensaansprakelijkheid maar het zakelijk recht. Het is de vraag of dit wel helemaal juist is. Immers de algehele vermogensaansprakelijkheid was in het Franse recht toch ook tot een beginsel geworden?

2 Wij kunnen alleen niet stellen dat dit alles bewust gebeurde!

3 Vgl. Asser-Scholten, p. 489

4 Vgl. de hierboven aangehaalde opmerking van Scholten dat z. i. Herman de invloed van het Franse recht te laag aanslaat (zie noot 1, p. 23)

beurd. De tekst van de 20e titel duidt op een hypotheek als zakelijk recht. Herman wijst er ook op, dat die artikelen uit de Code die het duidelijkste uiting gaven aan de door de hypotheek verstrekte plaats onder de crediteuren, niet in het B.W. zijn overgenomen<sup>1</sup>, en dat de artikelen die hieraan doen denken ook op een andere wijze te verklaren zijn, voornamelijk uit de opvatting die men van de registers had.

Het merkwaardige feit doet zich voor, dat men—wellicht onbewust—zoeer overtuigd was van het noodgedwongen opgaan van de hypotheek in de vorm van een zakelijk recht, wilde het tenminste goed functioneren, dat omtrent een wezenlijk aspect van de inhoud van dat recht in de wetstekst nauwelijks wordt gerept.<sup>2</sup> Het heeft er dan ook de schijn van als zou ons hypotheekrecht stoeien op het Oudhollands hypotheekbegrip, zoals Herman in zijn conclusie stelt.<sup>3</sup>

Het valt op, dat bij de totstandkoming van het B.W. op dit punt geen discussie is gevoerd en ook niet met zoveel woorden blijkt op welk standpunt men zich heeft gesteld.

Blijft staan dat het verschaffen van een bevoorrechte plaats onder de crediteuren in een systeem met algemene vermogensaansprakelijkheid—in principe gelijk voor alle crediteuren—een wezenlijk deel van de inhoud van het hypotheekrecht is en niet volledig kan opgaan in het aspect zakelijk recht.

Deze algemene vermogensaansprakelijkheid brengt dan ook een principiële wijziging in het Germaanse hypotheekbegrip, dat van een zaaksaansprakelijkheid uitging.

De algemene vermogensaansprakelijkheid is ook ons systeem, in onze hypotheek speelt de bevoorrechte plaats onder de crediteuren dan ook wel degelijk mee. Soms wordt zij zelfs afzonderlijk van het zakenrechtelijk aspect gehanteerd!

In enkele artikelen betreffende het recht van hypotheek *houdt het B.W. zich bezig met de rang*.

Art. 1226 spreekt over de rang van de hypothecaire schuldeisers en koppelt deze aan het moment van inschrijving; met dien verstande dat met hele dagen wordt gerekend<sup>4</sup>, gaat ouder voor op jonger. De regel dat de oudere hypotheek voorgaat op de jongere, komt reeds voor in het Romeinse recht en ook later.<sup>5</sup> De regel staat ook in ons B.W. Moet men hieruit de conclusie trekken, dat de hypotheek hier gezien wordt als gevende een bevoorrechte plaats onder de crediteuren, of hebben we te doen met een bevestiging van de kwaliteit zakelijk recht? De regel kan op meerdere manieren worden geïnterpreteerd.<sup>6</sup>

1 Herman, zie het resume op p 153/154

2 Vgl op dit punt ook de reeds genoemde opmerking in Asser-Scholten, p 487 'terwijl bij ons deze beide bevoegdheden (dit zijn suite en preference, waarbij kennelijk de preference van het zakelijk recht en de preference van de schuld samen genomen worden R) eenvoudig uitvloeiels zijn van het als eenheid beschouwde recht op de waarde van het goed'

3 Vgl Herman in het in noot 1 aangehaalde resumé van zijn dissertatie, p 153/154

4 Asser-Scholten, p 495 vermeldt hieromtrent dat men bang was voor kunstgrepen van concurrerende hypotheekhouders en daarom alle inschrijvingen op dezelfde dag dezelfde rang verleende

5 Zie o a Asser-Scholten, p 495 en Asser-Oven, p 158 en de door hen aangehaalde schrijvers en vindplaatsen C 8 18 4. 'Sicut prior es tempore, ita potior es jure', De Groot II 4 § 35, Art 2134, 2147 C.C

6 Vgl ook Herman, p 154.



Men kan stellen, dat art.1226 niet anders doet dan de algemeen voor zakelijke rechten geldende regel ook voor hypotheek bevestigen, met andere woorden niet anders doet dan het zakelijk karakter van het recht van hypotheek benadrukken, ook voor zoveel het betreft de hypotheeken onderling. Als argument voor deze opvatting kan dienen, dat de wetgever duidelijk wenste aan te geven dat hypotheek gezien moet worden als zakelijk recht.<sup>1</sup>

Doch ook kan het volgende gesteld worden. Art.1179 wijst hypotheek aan als bron van voorrang onder de crediteuren en art.1226 geeft aan hoe die voorrang bij hypotheek onderling is geregeld, nl. naar dezelfde maatstaf als geldt voor de zakelijke rechten: ouder gaat voor jonger, met de inschrijving als criterium. De plaats van het hypotheekrecht in het B.W.: tezamen met pand onmiddellijk na de 18e Titel 'Van bevoorrechte schulden', wijst in die richting. Afgezien van het verband met art.1179 zou hiervoor een tekstargument kunnen worden aangevoerd. Art.1226 spreekt nl. uitdrukkelijk over de hypothecaire *schuldeisers*. Verder kan worden aangevoerd, dat meerdere hypotheeken op een goed slechts mogelijk zijn, omdat hypotheek een rang onder de crediteuren geeft en alleen daarom is een regel nodig die de rang van de hypotheeken onderling aangeeft.<sup>2</sup> Overigens, consequent uitgewerkt is dit laatste niet, want de op eenzelfde dag ingeschreven hypotheeken gaan gelijk op, zo zegt art.1226 uitdrukkelijk.

Tenslotte zou men zich op het standpunt kunnen stellen, dat art.1226 niet speciaal doelt op een van de twee aspecten, doch hypotheeken als zodanig onderling in een rangorde plaatst. Deze opvatting nadert dicht de tweede.

Een argument voor het laatste en misschien ook voor het tweede idee, kan gevonden worden in de uitzonderingsregeling van de twee volgende artikelen. Deze hebben eenzelfde strekking, spreken beide alleen over de verhouding tot andere hypotheeken en reppen met geen woord over andere zakelijke rechten, die evengoed in de betrokken situatie kunnen medespelen.

Het zakenrechtelijk aspect staat in de artt.1227 en 1228 op de achtergrond, en daarmee wellicht ook in art.1226.

Veelal wordt beweerd, dat de *voorrang bij de voorbehouden hypotheek*, geregeld in de artt.1227 en 1228, berust op de eertijds gehuldigde opvatting, dat het betrokken goed werd geleverd of toegescheiden onder de last van hypotheek.<sup>3</sup> Hoe

1 Gewoonlijk wordt art 1226 gebruikt als argument bij de bespreking van de algemeen in het zakenrecht geldende regel, dat het oudere recht voor het jongere gaat. Zie p 40 hiervóór.

2 Vgl Asser-Van Oven, p 158: in de praktijk vindt de regel toepassing bij onvoldoende opbrengst in geval van executie.

3 Vgl Van Nierop, p 199/200, Asser-Van Oven, p.159 (Scholten spreekt hierover niet). Vgl ook Voorduin IV p 562 de nota van Quintus waar te lezen valt dat 'de verkoper in zekere zin eigenaar behoort te blijven'. De koper zou het goed zolang de koopprijs niet voldaan is moeten beschouwen als 'in den striksten zin eens anders goed'. De Regering stelt zich echter uitdrukkelijk op het standpunt dat de hypotheek weliswaar bij de akte wordt verleend maar dat de inschrijving eerst recht van hypotheek geeft. De voorrang vloeit niet uit de overeenkomst maar uit de inschrijving voort. Vgl ook Herman, p 56. Hij citeert Huber II L 48: 'dat de hypotheek in het goedt wordt bevestigd eer nog de eigendom overgedragen wordt of tenminste op een ende deselve tijd en ogenblik'. Vgl. ook Voet XX IV 18, Matheus, De Auctionibus I.XIX.6.8

men zich deze constructie voorstelt in een systeem, dat het ontstaan van het hypotheekrecht afhankelijk stelt van de inschrijving is mij niet duidelijk.<sup>1</sup>

Hier is een bescherming voor de verkopende of toescheidende partij—welke zowel in het Oudhollandse als in het Franse recht bekend was<sup>2</sup>—gehandhaafd, terwijl men zich nauwelijks bekommerde over de vraag hoe dit, gesteld dat zij in de vorm van een hypotheek dient te geschieden, nu precies geconstrueerd moet worden. Dát het in de vorm van een hypotheek moest geschieden, en niet in de vorm van bijv. een algemeen privilege voor verkoper of toescheidende partij wegens niet betaalde koop- of uitkeringspenningen, daarover was men het wel eens naar uit de verslagen blijkt.<sup>3</sup> Eveneens bestond eenstemmigheid over de voorrang van die hypotheek ook al werd ze later ingeschreven.<sup>4</sup> Discussie vond slechts plaats over de vraag hoeveel vrije dagen de verkoper ter beschikking zouden moeten staan voor het nemen van de nodige maatregelen. Hij moest toch vooral voldoende tijd hebben om eventuele concurrenten voor te kunnen zijn. Dit doet vreemd aan, want waarom zou een andere hypotheeknemer niet ten minste evenveel moeite hebben een inschrijving te verkrijgen als de verkoper?

De enige reden voor het artikel blijkt de extra beveiliging van de belangen van de verkoper en de toescheidende partij tegen latere hypotheeken te zijn. Waarom wordt die beveiliging naar de letter van de wet—en de uitdrukkelijke formulering van het artikel geeft aanleiding om de tekst te volgen—alleen gegeven tegen andere hypotheekhouders en niet tegen andere zakenrechtelijke belasting en niet tegen vervreemding? Volgt men de letter van de wet, dan moet geconcludeerd worden, dat de beveiliging maar zeer ten dele werkt. Tegen latere hypotheeken is de verkoper beschermd, maar een vervreemding van het goed of vestiging van een zakelijk genotsrecht op het goed vóór de inschrijving van de voorbehouden hypotheek zal hem kunnen worden tegengeworpen. Hiertegen zou hij een beroep kunnen doen op de hiervoor weergegeven opvatting, dat het goed onder last van hypotheek werd geleverd, doch zonder resultaat. Met meer vrucht zal hij zich kunnen beroepen op het doel van de regel en zijn analogische toepassing.

De hypotheek van art.1227 en art.1228 kan geen echt 'voorbehouden' hypotheek zijn. De verkoper kan zichzelf geen hypotheek verlenen op eigen goed, noch kan hij de hypotheek 'afsplitsen' en behouden om de 'rest' van zijn eigendom over te dragen.<sup>5</sup> Het is de koper die de hypotheek moet verlenen en vestigen.

De voorrangsregel, zoals de wet die geeft, is te eenzijdig; tenzij de regel analogisch wordt toegepast, is hij slechts voldoende wanneer men niet te doen heeft met andere zakelijke rechten op en niet geconfronteerd wordt met overdracht van het betrokken goed.

1. Vgl. in dit verband p.22/23 van het vorige hoofdstuk, waar gesteld werd dat alleen de koper de 'voorbehouden' hypotheek kan verlenen.

2. Vgl. Asser-Scholten, p.496, Asser-Van Oven, p.159 en door hen genoemd de Groot II, 48, 40 en ook art.2103, 2095 C.C.

3. Vgl. Voorduin, IV p.561 e.v.

4. Vgl. Voorduin, IV p.556 e.v.

5. Vgl. hiervoor, p.22/23. Anders: Asser-Beekhuis I, p 6 en de daaraangehaalden. Mijn standpunt, Bregstein W.P.N.R.4326, 4352, 4387 telkens Rsvr.1.

Wil de regel goed werken dan moet hij inhouden dat de voorbehouden hypotheek 'rang' neemt onmiddellijk na de overschrijving van de transportakte. Voor het huidige recht zal hiertoe een fictie-bepaling nodig zijn. Men kan er immers wel zorg voor dragen, dat de hypotheekakte ter inschrijving wordt aangeboden onmiddellijk na de transportakte<sup>1</sup> zonder dat daartussen nog een in- of overschrijving plaatsvindt, maar daarmee is men nog niet veilig. Een andere inschrijving mits op dezelfde dag geschied, zal gelijk in rang zijn. Een bepaling als vervat in de artt. 1227 en 1228—gesteld dat men op deze wijze de belangen van de verkoper wil veilig stellen—is dus niet vereist, omdat het onmogelijk zou zijn eventuele concurrenten voor te zijn, maar omdat de wet als criterium voor de rangname met hele dagen rekent en dus een later komende mits op dezelfde dag inschrijvend, gelijke rang verkrijgt. De bij de totstandkoming van het B.W. aangevoerde moeilijkheden zijn thans niet meer aanwezig. In een systeem waar de enige resterende handicap—inschrijving naar dag in plaats van naar dag en uur—niet geldt, zoals bijv. in het Ontwerp-B.W., lijkt mij een dergelijke bepaling dan ook overbodig. Dit geldt ten aanzien van verkoop; men kan dan de inschrijving van transport en hypotheekakte onmiddellijk op elkaar laten volgen, maar ook ten aanzien van scheiding, omdat daar dezelfde regels als voor eigendomsoverdracht gaan gelden.<sup>2</sup>

1 Polak, W.P.N.R. 4799 ziet geen bezwaar tegen inschrijving van de hypotheek op dezelfde dag als de overschrijving van het transport (Rsvr IV). Het betrof een geval dat een en dezelfde persoon eerst hypotheek verleent op een bepaald goed en het op dezelfde dag verkoopt. De hypotheek wordt ingeschreven op dezelfde dag als het transport wordt overgeschreven. Hier doet zich de vraag voor wat nu voorgaat het transport of de hypotheek. Dit is niet op te lossen door zoals Polak doet te spreken van een variant van de samenval van rechtsmomenten. Gesteld al, dat men dit aanneemt, dan zou het betekenen dat hypotheekhouder en nieuwe eigenaar gelijk opgaan wat betreft hun rechten op het betrokken goed, maar niet wat Polak suggereert dat de nieuwe eigenaar een belast goed verkrijgt. Past men hier de oplossing van J.Th. Smalbraak, W.P.N.R. 3188 toe, dan komt men zelfs precies andersom uit, deze zou voor laten gaan wat het zwaarste weegt en dat is in zijn visie de overdracht van de eigendom.

Door te spreken over samenval van rechtsmomenten bereikt Polak slechts, dat beide handelingen geldig zijn (en geen nietigheid ontstaat ingevolge art. 1225) maar door het gelijkwaardig zijn van beide handelingen ontstaat een tweede probleem dat niet wordt opgelost.

In de praktijk wordt nog een ander bezwaar aangevoerd tegen art. 1227/8 (W.P.N.R. 4768, Rsvr. II) dat echter oplosbaar is. Men wijst erop, dat de voorrang van de voorbehouden hypotheek slechts kan worden tegengegaan, door de volle acht dagen te wachten alvorens in te schrijven. Dit zou nodig zijn om een hypotheek welke per se eerste in rang moet zijn te kunnen laten voorgaan. Met het nadeel echter, dat in die acht dagen nog andere hypotheeken worden ingeschreven die niet op de aanvankelijk voorbehouden hypotheek zouden moeten voorgaan. Dit is een reeel bezwaar, doch inherent aan de fictie die algemeen werkt. Men kan de aangevoerde moeilijkheid voorkomen door i.p.v. een voorbehouden hypotheek een gewone hypotheek te maken. Wel bestaat dan het gevaar dat door inschrijving op dezelfde dag een andere hypotheek gelijke rang neemt.

Wil men een oplossing voor beide problemen, dan moet de verkoper de eerste hypotheek verlenen en vervolgens transporteren met voorbehouden hypotheek. Laat men daarna de eerste hypotheek inschrijven, het transport overschrijven en de voorbehouden hypotheek inschrijven, dan zal onaantastbaar de goede volgorde ontstaan.

In zijn antwoord op de Rsvr. merkt Houwing op dat van de bescherming van 1227/8 geen afstand gedaan kan worden, wel kan men na de inschrijving afstand doen van zijn rang (lichten bedoelt hij naar ik aanneem) ten behoeve van de opvolgende hypotheekhouder. Maar hoe regelt men dat wanneer er nu eens meerdere opvolgende hypotheekhouders zijn? Lichten t.b.v. de eerst opvolgende maar niet tevens t.b.v. de latere lijkt mij voorshands niet mogelijk.

2 Art. 37:14 refereert ook voor scheidingen aan de normale regels voor overdracht.

*Het opschuiven van hypotheeken.* In ons recht geldt het principe, dat bij het wegvallen van een hypotheek met hogere rang, de opvolgende hypotheek met een lagere rang bevorderd wordt; deze 'schuift' op<sup>1</sup>. Aan dit opschuiven wordt niet getwijfeld, het is algemeen aanvaard. Men vindt het principe echter niet in de wet. En ook is het geen uitgemaakte zaak, dat het een gevolg zou zijn van de kwaliteit zakelijk recht. De literatuur is het er niet over eens of de zakelijke rechten als zodanig ook 'opschuiven'.<sup>2</sup>

Dat toch het principe bij hypotheeken onbetwist wordt gehanteerd, is te verklaren uit het aspect rang onder de crediteuren. De crediteuren mogen hun verhaal zoeken op de goederen van de schuldenaar en deze goederen uitwinnen. Bij de verdeling van de opbrengst gaan de hypotheekhouders vóór de andere crediteuren, en onderling zijn die hypotheekhouders—in normale gevallen—weer gerangschikt naar het moment van ontstaan van hun recht. Gaat nu het recht van de eerste hypotheekhouder teniet, dan heeft dat tot gevolg, dat de tweede hypotheekhouder geen enkele schuldeiser meer behoeft te laten voorgaan. Men kan dus stellen, dat hij eerste is geworden. Vanuit een systeem, dat algemene vermogensaansprakelijkheid kent, met daarbij een hypotheek die een bevoorrechte plaats onder de crediteuren verschaft, is dit volkomen begrijpelijk en ook juist.

Indien men de kwestie beziet meer vanuit het aspect zakelijk recht, ligt deze oplossing niet zozeer voor de hand. Dan is het niet zo duidelijk, dat de ruimte welke door het vervallen van de eerdere hypotheek ter beschikking komt, ten deel valt aan de opvolgende (vgl. noot 1 en 2). Dit spreekt duidelijker wanneer in de plaats van de eerste hypotheek een vruchtgebruik wordt gesteld; eigendom belast, niet met een eerste en tweede hypotheek, maar met vruchtgebruik en vervolgens met hypotheek. Beoordeeld naar het aspect zakelijk recht, zal de latere hypotheek alleen 'opschuiven', wanneer aangenomen wordt, dat door het tenietgaan van het eerdere recht—het vruchtgebruik—niet alleen de eigendom door haar elasticiteit uitzet, maar daarmee ook het onderpand uitbreiding ondergaat.

Bij het opschuiven van hypotheeken zoals wij dat momenteel kennen, lijkt de crediteurenrang op de voorgrond te staan. Dit neemt echter niet weg, dat deze crediteurenrang is gegoten in de vorm van een zakelijk recht. Bij het opschuiven zal dat aspect niet uit het oog mogen worden verloren; een verklaring van het opschuiven, alleen gebaseerd op de crediteurenrang is dan ook niet voldoende. Bij opschuiven moeten beide elementen betrokken worden. In ander verband komt dit nogmaals ter sprake, zie p.131.

1. Vgl. Asser-Van Oven, p.126 en p.223/4

Dit is niet overal gelijk geregeld; in het Duitse en Zwitserse hypotheekrecht bestaat een mogelijkheid dat de eigenaar zich de vrijgekomen ruimte voorbehoudt. Ook het Ontwerp-1916 (voor hypotheekrecht) regelde dit anders; vgl. Leopold preadvies, N.J.V.1930, p.52; over de andere zakelijke rechten spreekt echter ook hij niet.

2. Vgl. hiervoor bijv. Asser-Beekhuis II, p.8/9, waar de kwestie is toegespitst op vervallen van voorbestaande zakelijke rechten door vermenging en de vraag of een opvolgende hypotheek opschuift, m.a.w. of het hypothecaire onderpand veruimd wordt. Zie ook de daar aangehaalden, m.n. Suyling V, no.313, die zich op standpunt stelt, dat de hypotheekhouder van vermenging voor-, noch nadeel ondervindt.

Ook bij de gehele *rangregeling* wordt op de eerste plaats uitgegaan van de rangorde onder de crediteuren. Dat is de enige grond waarop de hypotheek in die regeling medespeelt. Dat hypotheek ook nog een zakelijk recht is, heeft hier geen betekenis; alleen het feit, dat zij crediteurenrang verschaft telt mee. Het feit dat, naar de tekst van de wet, in de rangregeling zakelijke genotsrechten waarmede het betrokken goed eventueel nog belast is, niet betrokken zijn, bevestigt deze stelling.

In de tweede wereldoorlog hebben wij de zogenaamde *wederopbouwhypotheeken* gekend. Hierbij bestond de mogelijkheid, dat de Algemeen Gemachtigde voor de Wederopbouw in gevallen dat hypotheek werd verleend op reeds belast goed, bevoegd was de rang te bepalen.<sup>1</sup> Dit was niet nieuw. In vroeger eeuwen heeft iets dergelijks ook bestaan voor hypotheeken tot zekerheid voor leningen verstrekt tot sanering van bepaalde huizen in de Amsterdamse binnenstad. Ook in deze gevallen wordt alleen op hypotheeken gelet.

#### 4. HET HYPOTHEEKRECHT BEVAT BEIDE ASPECTEN

De twee hiervoor nader beschouwde aspecten zijn in ons hypotheekrecht beide aanwezig. Ik meen echter, dat zij in het hypotheekrecht zoals het thans geregeld is, niet consequent en harmonisch zijn samengevloeid. Het is ook niet juist om te stellen dat wij één preferentie en een droit de suite hebben, beide voortvloeiende uit het ene hypotheekrecht.<sup>2</sup>

De twee elementen blijven moeilijk volledig verenigbaar, omdat zij van verschillende huize zijn. Uiteindelijk is de zakenrechtelijke preferentie een onderlinge rangorde in een groep rechten, die als geheel een sterkere werking heeft dan de obligatoire rechten, terwijl de crediteurenpreferentie juist die obligatoire categorie onderling regelt.

In de groep zakelijke rechten kennen wij geen *paritas creditorum*, daar heerst uit de aard van het recht een rangorde: de zakenrechtelijke preferentie. Bij de persoonlijke rechten wordt juist uitgegaan van die *paritas*, maar is afwijking bijv. door hypotheek mogelijk.

Toch komen deze twee samen in één recht en de historische ontwikkeling wijst uit, dat een goed functioneren van dat recht beide aspecten in één verlangt.

De beide door Herman geschetste ontwikkelingen, die van het Franse zowel als die van het Oudhollandse recht, tenderen naar een combinatie. Er moge overheersing van het ene of het andere element zijn, deze gaat niet zover dat het ene in het andere opgaat.

Gaat men uit van een zakelijk verhaalsrecht en wil men dat ook in een systeem met algehele vermogensaansprakelijkheid en *paritas creditorum* effectief maken,

1. Vgl. Asser-Scholten, p.497.

2. Zo zou men Scholten kunnen verstaan, Asser-Scholten, p.487.

óók op het moment dat het speciaal verbonden goed nog onder de schuldenaar is, dan zal men noodgedwongen een bevoorrechte plaats onder de crediteuren moeten verschaffen. Hier staat het Germaanse idee, dat aan het Oudhollandse recht ten grondslag ligt, model. Het zakelijk karakter stond voorop, het overige werd toegevoegd. Het resulteert in een combinatie.

Neemt men als uitgangspunt de bevoorrechte plaats onder de crediteuren en willen we die effectief maken, dan zal specialiteit, publiciteit en droit de suite vereist zijn. Met andere woorden het zakelijk karakter moet worden toegevoegd. Het resultaat is wederom een combinatie.

Ook afgezien van de historische ontwikkeling moet men concluderen, dat in ons rechtssysteem een hypothecaire zekerheid zonder de beide aspecten moeilijk denkbaar is. De wens naar behoud van de verhaalsmogelijkheid voor een bepaalde schuld dwingt in de richting van een zakelijk recht. Het droit de suite en het droit de *préférence* stellen de crediteur veilig<sup>1</sup> tegen overdracht van het onderpand of vestiging van zakelijke rechten. Dat is de 'actiefkant' van de zaak: het verhaalsansprakelijk actief blijft zo veel mogelijk gehandhaafd.

Daartegenover staat de andere zijde, het 'passief'. Met alle schulden, bestaande of toekomstige (dit laatste gerekend vanuit het moment van ontstaan van de hypotheek) gaat de crediteur gelijk op. De enige uitweg is preferentie.

Het onderpand wordt blijvend (suite) en onaantastbaar (*préférence*) voor een bepaalde crediteur in het bijzonder (preferentie) uit de verhaalsmassa gelicht. Dat is het door hypotheek gediende belang. De elementen grijpen in elkaar.

Scholtens opmerking dat de twee gedachten: 'het denkbeeld van het recht op het goed en dat van den rang onder meerdere overigens gelijkgerechtigde crediteuren', 'in iedere hypotheek' der hem 'bekende wetgevingen', om de voorrang strijden<sup>2</sup>, komt mij dan ook volkomen begrijpelijk voor. Een andere mogelijkheid zie ik niet. In ons recht staat, als ik hem goed begrijp, en dat is ook de conclusie waartoe Herman komt, het aspect zakelijk recht op de voorgrond.<sup>3</sup> Ook daarmee kan ik meegaan. Hij stelt het echter niet geheel juist voor wanneer hij het doet voorkomen als zou er in ons hypotheekrecht dan ook slechts één preferentie aan de orde zijn. Zo immers zou men zijn opmerking op pag.487 kunnen verstaan.

1 Met meer zekerheid dan door een algehele zaaksvervangings in het hypotheekrecht in te voeren. Doet men dit dan zou het zakelijk karakter verdwijnen (vgl. Herman p.41) wat op zich geen bezwaar behoeft te zijn, maar een verwezenlijking met bevredigende controle lijkt me zeer omslachtig. En, wat belangrijker is, het vervangende object is misschien moeilijk of niet te executeren. Bovendien is de waarde van de vervangende objecten een dubieuze factor. Vgl. voorts hetgeen is opgemerkt in noot 1, p.42.

2 Asser-Scholten, p.487.

3 Asser-Scholten p.489. De wetgever 'heeft verder het hypotheekrecht, door afschaffing van wettelijke hypotheeken en plaatsing van het enkele nog resterende privilege op onroerend goed na de hypotheeken, door erkenning van het beding van eigenmachtige verkoop, door plaatsing althans van de eerste hypotheek buiten het faillissement, tot meer dan een combinatie van droit de *préférence* en droit de suite alleen, tot zelfstandig zakelijk recht op een bepaald goed gemaakt'. R. Akkoord, maar dat recht is een zakelijk recht met alle gevolgen van dien. Vgl. ook Herman, p.147. Na 1833 staat in onze wetgeving het zakelijk karakter op de voorgrond door opnemings van het beding van eigenmachtige verkoop, dat in het Oudhollandse recht bij onroerend goed niet werd erkend. Ook in de ontwerpen (uitgezonderd dat van mr. Kreet, daarin werd ook het zakelijk karakter uitdrukkelijk op de voorgrond geplaatst) niet.

Hij stelt daar, dat in Frankrijk de crediteurenrang op de voorgrond staat en hypotheek een combinatie vormt van twee min of meer zelfstandige bevoegdheden: een droit de suite en een droit de préférence, '... terwijl bij ons die beide bevoegdheden eenvoudig uitvloeijsels zijn van het als eenheid beschouwde recht op de waarde van het goed'.

Er is nóg een uitvloeisel van dat als eenheid beschouwde recht: nl. de zakenrechtelijke preferentie.

Over het geheel genomen staat het zakelijk aspect op de voorgrond in ons recht, het zakelijk recht is de vorm waarin de crediteurspreferentie is gegoten. De wetgever heeft de consequenties hiervan echter niet volledig verwerkt. Het recht van hypotheek is onvoldoende ingepast in het kader van de zakelijke rechten, terwijl het niet onmogelijk is dit te doen.

Als onze wetgever over hypotheeken handelt, doet hij het teveel voorkomen, alsof erop het betrokken goed alleen nog andere hypotheeken gevestigd kunnen worden. In die gevallen zullen er ook geen moeilijkheden ontstaan, dan lopen immers de beide preferenties gelijk. Is dit laatste niet meer het geval, bijv. in het geval van vestiging van een zakelijk genotsrecht ná de eerste, doch vóór de tweede hypotheek, dan sluiten de eerste en de tweede hypotheek wel op elkaar aan wat betreft de crediteurenrang, maar niet meer wat betreft de zakenrechtelijke preferentie, en komen wij voor moeilijkheden te staan. Hier blijkt dat in onze wet te weinig rekening is gehouden met de aanwezigheid van twee preferenties, die niet in elkaar blijken op te gaan.

Wij zullen moeten proberen de twee aspecten van het recht zo harmonisch mogelijk samen te voegen om vanuit het samengestelde begrip de hypotheek en haar gevolgen te beoordelen. Voornamelijk zal het erop neerkomen de beide preferenties zoveel als mogelijk is te laten samenlopen en ons te hoeden voor de mening dat straffeloos de ene preferentie kan worden behandeld of gewijzigd zonder acht te slaan op de andere. Bij de samenvoeging moeten we uitgaan van hypotheek als zakelijk recht. Hypotheek moet dan ook zo veel mogelijk ingepast worden in de groep met zakelijke rechten.

Dit geldt voor problemen als de voorbehouden hypotheek, het opschuiven van hypotheeken, de verhouding tot de andere zakelijke rechten, het vraagstuk van huur en hypotheek, het probleem van het 'lichten' en rangwisselen van hypotheeken, enzovoort.

Gedurende de looptijd van het recht moet hieraan reeds aandacht geschonken worden, met het oog op het moment, dat het hypotheekrecht uitgeoefend wordt: de executie. Gedurende de rit speelt het vaak nog niet effectief, omdat het beroep door de hypotheekgerechtigde op het goed gedaan en het beroep dat een genotsgerechtigde erop doet, elkaar nog niet hinderen. Maar de executie is het moment, waarop de hypotheek als het ware verspringt van zekerheidsrecht naar genotsrecht en de genotswaarde van het goed aangewend wordt ten behoeve van de hypotheekhouder. Daar culmineren vele kwesties, die hun oorsprong vinden in de aanwezigheid van twee verschillende preferenties.

Wanneer wij voor hypotheeken en andere zakelijke rechten een rangschikking hanteren waarin deze beide preferenties passen: een rangschikking naar de tijd van ontstaan van het betrokken recht—met de mogelijkheid van onderlinge verwisseling van plaats—en daarnaast een grootste gemene deler vinden, een factor waarin beide preferenties kunnen worden uitgedrukt tegenover het verbonden goed, en deze hanteren, kan integratie bevredigend verlopen. Deze laatste factor is te vinden in de *opbrengst* van het goed enerzijds en de *waarde* van de rechten die op dat goed gevestigd zijn anderzijds, de laatste gerangschikt naar de daarvoor geldende regels.

## 5. HET ONTWERP-B.W.

Op enige belangrijke punten is in het Ontwerp-B.W. het gewenste samengaan van de beide aspecten van het hypotheekrecht, veel beter verwezenlijkt dan in het huidige wetboek.

Soms staat daarbij het zakelijk karakter uitdrukkelijk op de voorgrond, namelijk daar waar gerefereerd wordt aan het begrip beperkt recht. Als zodanig kan genoemd worden art.3.9.4.2 lid 3 waar voor het overgrote deel de wijze van totstandkoming van het recht van hypotheek wordt geregeld door een verwijzing naar de algemene regels voor de vestiging van beperkte rechten. Hier is de hypotheek voor zover mogelijk ingepast in de categorie welker vorm en eigenschappen zij heeft. Alle overbodige apartheden zijn vermeden (vgl. het eerste hoofdstuk). Voorts kan genoemd worden art.3.7.1.8 dat een algemene regel geeft voor beperkte rechten op een onverdeeld aandeel, een kwestie welke thans alleen voor hypotheeken geregeld wordt. Ook hier neemt hypotheek geen aparte plaats meer in; zij is een van de beperkte rechten.

In andere gevallen is een oplossing gekozen, die volledig recht doet wedervaren aan de crediteurenrang, zonder aan de zakenrechtelijke aspecten afbreuk te doen. Hierbij denke men aan de definitie van pand en hypotheek in art.3.9.1.1 waar de voorrang onder de crediteuren uitdrukkelijk wordt genoemd en voorts aan het criterium voor het moment van ontstaan van zakenrechtelijke en crediteurenpreferentie. Het Ontwerp-B.W. kiest voor inschrijving naar dag en uur (het onderscheid over- en inschrijving is vervallen). Dit geldt voor het ontstaan van beperkte rechten—art.3.1.2.3 spreekt over het bewijs van ontvangst, dat wordt afgegeven aan degene die de stukken ter inschrijving aanbiedt, en dat *dag en uur* van die aanbieding vermeldt—; dit geldt evenzo voor hypotheek naar—m.i. ten overvloede— blijkt uit art.3.9.4.4. Hoewel ik het juister vindt om een bepaling als in art.3.4.9.9 omtrent de ‘rangname’<sup>1</sup> is gegeven, algemeen op te nemen in de regeling voor de vestiging van beperkte rechten, is het in ieder geval toe te jui-

1. ‘Rangname’ opgevat niet alleen als het innemen van een bevoorrechte plaats onder de schuldeisers, wat alleen voor hypotheek geldt, maar vooral als het innemen van een plaats in de rij van zakelijk gerechtigden.



chen, dat hier eenheid is verkregen, welke de schuldpreferentie volledig tot haar recht laat komen.

Een belangrijke verbetering is ook bereikt in de regel van art.3.9.4.12. Hier wordt terecht een grootste gemene deler van het hypotheekrecht en de andere beperkte rechten—de uitdrukking van het recht in waarde—gehanteerd, waardoor naast hypotheeken voor de andere beperkte rechten een gerechtvaardigde plaats wordt ingeruimd bij rangregeling.

Daar staat tegenover dat er ook enkele artikelen zijn aan te wijzen waar de aanpassing van de beide aspecten min of meer zoek is.

Het reeds eerder ter sprake gekomen art.3.9.4.4 schijnt het huidige art.1226 lid 1 te vervangen en vormt tevens de inleiding op de artt.3.9.4.5 en 6. Is alleen het laatste bedoeld dan wordt onnodig de schijn gewekt, dat de regel speciaal voor hypotheeken geldt. Dit is niet juist. De regel zou—gesteld dat de wetgever het noodzakelijk acht hem afzonderlijk te geven—beter kunnen worden opgenomen bij de algemene regels voor beperkte rechten.

Voorts valt te betwijfelen of een bepaling als gegeven in art.3.9.4.10 noodzakelijk is. Zou het anders zijn wanneer het artikel niet bestond? Maar ook hier hebben wij hoogstens te doen met een overbodig artikel, niet met een onjuist.

Wel onjuist is art.3.9.4.5. Dit handelt evenals thans het geval is in de artt.1227 en 1228 alleen over de verhouding van de voorbehouden hypotheek tot de andere hypotheeken. Het lijkt erop alsof dit artikel nagenoeg geheel aan de kritische aandacht van de ontwerper is ontsnapt. Het geeft praktisch dezelfde tekst als art. 1227. Het spreekt nog over 'bedongen' terwijl het Ontwerp-B.W. op dit punt juist zo de nadruk legt op een duidelijke formulering en verlening en vestiging streng scheidt. Welnu, het is communis opinio dat een hypotheek die niet—om met de strikte woorden van het Ontwerp-B.W. te spreken—is *verleend* bij de koopakte, geen voorrang heeft. Wanneer die hypotheek is bedongen, doet niets terzake. Nergens blijkt dat dit onder vigeur van het Ontwerp-B.W. anders zou zijn. Had de wetgever dan niet de tekst moeten aanpassen? Maar wat belangrijker is: in art.3.9.4.5 wordt precies als in de artt.1227 en 1228, slechts gesproken over de verhouding tot andere hypotheeken op het betrokken goed gevestigd. Aanpassing is hier noodzakelijk; de andere beperkte rechten moeten ook vermeld worden. Overigens kan de gehele regeling in het Ontwerp-B.W. vervallen als gevolg van het gehanteerde criterium voor het moment van rangname: inschrijving naar dag en uur. De belanghebbende heeft de voorrang in eigen hand.

Tenslotte kan hier art.3.9.4.6 worden genoemd. Dit heet de praktijk van het 'lichten' van hypotheeken te legaliseren. Ook hier wordt in het geheel geen aandacht geschonken aan de andere beperkte rechten. Deze laatste komen afzonderlijk aan de orde in art.3.9.4.12. Wil de wetgever deze mogelijkheid, waaraan de praktijk inderdaad behoefte heeft, wettelijk regelen, dan zal hij dat anders moeten doen. Hierop kom ik terug in hoofdstuk VI.

### III. Hypotheek en andere rechten op hetzelfde goed

#### I. INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de verhouding van hypotheek en andere rechten. In eerste instantie met het oog op de vraag wat de invloed is van andere rechten—zakelijke of persoonlijke—, welke voor of na een hypotheek met betrekking tot hetzelfde onroerend goed zijn tot stand gekomen, maar ook met op de achtergrond de vraag of men hypotheek enerzijds en de andere zakelijke rechten anderzijds als verschillende soorten rechten moet zien. Dit laatste zal bij de oplossing van de eerstgenoemde kwestie een rol blijken te spelen.

Een belangrijk recht—naar zijn aard tussen de persoonlijke en de zakelijke in staande— blijft hier buiten beschouwing, om in hoofdstuk IV apart onder de loop te worden genomen: huur. Door het roemruchte art.1612, 'een der meest mishandelde artikelen uit ons B.W.' zoals Pitlo het onlangs<sup>1</sup> noemde, wordt dit recht in een aparte positie gemanoeuvreed en naar aanleiding daarvan in het hypotheekrecht met een afzonderlijke behandeling bedacht. Dit heeft tot een ware stroom van jurisprudentie<sup>2</sup> en literatuur aanleiding gegeven en rechtvaardigt een aparte bespreking.

Bij de vraag naar de invloed van andere rechten dan een recht van hypotheek ten aanzien van eenzelfde onroerend goed verleend en tot stand gekomen, moet op twee punten een scheiding gemaakt worden.

Men zal in tijd moeten onderscheiden tussen de rechten tot stand gekomen vóór de hypotheek, en die tot stand gekomen na de hypotheek.

Verder moet onderscheid gemaakt worden naar de aard van de tot stand gekomen rechten: persoonlijke en zakelijke. Wat deze laatste betreft doet zich het merkwaardige feit voor dat de wet slechts voor één geval een regeling bevat, nl. voor een latere hypotheek. Over de andere zakelijke rechten wordt evenmin als over verdere persoonlijke rechten iets in de wet geregeld, uitgezonderd huur. Ik stel me voor aan de hand van de eerste onderscheiding, rechten vóór en rechten na de hypotheek tot stand gekomen, de hoofdingeling te maken, om dan in de aldus gevormde hoofdgroepen telkens de tweede onderscheiding aan te brengen.

Wat is het beslissende moment wanneer we spreken over vóór en na de hypotheek?

De in tijdsorde laatste eis voor de totstandkoming van een recht van hypotheek is de inschrijving ten hypotheekkantore. Dat is ook het criterium dat wij hier moeten aanhouden. De totstandkoming van de hypotheekbelofte en de verlening zijn weliswaar fasen in het gehele proces van totstandkoming van een hypotheek maar kunnen hier niet als criterium dienen. Zolang de zakelijke fase nog niet is

1 Bundel Onroerend Goed, p 244

2 Van Lier, Preadvies Not 1924 p 195 en 239 spreekt over de doolhof der jurisprudentie

afgerond door de inschrijving, kan aan de hypotheek (in wording) niet meer kracht worden toegekend dan aan welk ander contractueel recht ten aanzien van een onroerend goed verleend.

Daarbij moet echter worden opgemerkt, dat de tenuitvoerlegging van de hypotheekbelofte—gewoonlijk een beding bij een hoofdovereenkomst—zo nauw met de tenuitvoerlegging van die hoofdovereenkomst zelf is verbonden, dat weinig problemen te duchten zijn; zij zijn praktisch volledig van elkaar afhankelijk; de hypotheek wordt alleen verleend en gevestigd indien het geld wordt verstrekt en andersom. Wanneer de aanbieding van de geldschietster met de daaraan verbonden bepalingen en bedingen—onder welke laatste de eis tot hypothecaire zekerheid moet worden gerangschikt—is geaccepteerd, is de hoofdovereenkomst en de belofte tot stand gekomen en zal de verdere afwikkeling een kwestie zijn van fourneren der gelden en van redigeren en passeren van de akte.

Gezien dit verband en ook in de praktijk vaak onmiddellijk op elkaar aansluitende afwikkeling van belofte, verlening en vestiging, is de periode tussen de belofte en de inschrijving niet zó belangrijk. De overigens vergelijkbare problematiek van de dubbele koopcontracten waarvan er slechts één kan worden uitgevoerd, terwijl die uitvoering wanprestatie medebrengt ten opzichte van de koper aan wie niet geleverd wordt, zal zich bij de hypotheekvestiging niet zo gauw voordoen.

Zou er een overeenkomst tot geldlening met beding van hypothecaire zekerheid (hypotheekbelofte) zijn waaraan de aanstaande debiteur niet voldoet, bijv. omdat hij een tweede overeenkomst heeft gesloten op voordeliger leningsvoorwaarden, maar overigens eveneens met hypotheekbelofte, en wordt die tweede overeenkomst uitgevoerd, dan zal noch de eerste lening, noch de daarmee gepaard gaande hypotheek doorgang vinden. Tenzij de leningsvoorwaarden voor een van de partijen—in dit voorbeeld: voor de geldschietster—uitzonderlijk gunstig zijn, zal hier praktisch geen schade zijn, en zeker niet in die zin, dat integrale voldoening van de overeenkomst met beding groot belang zou hebben.

Wij spreken dus over een tot stand gekomen hypotheek enerzijds en daarvóór of daarna tot stand gekomen rechten anderzijds. Als tijds criterium wordt dus gekozen het moment van inschrijving. Hieruit volgt tevens, dat bij de beoordeling van de verhoudingen tussen hypotheek en de andere op eenzelfde goed gevestigde rechten wordt uitgegaan van het zakelijk recht van hypotheek. Of de vóór de inschrijving verleende rechten eventueel ook reeds voor de verlening van de hypotheek of zelfs voor de hypotheekbelofte tot stand kwamen, zal slechts in een enkel geval van belang zijn.

## 2. RECHTEN ONTSTAAN VOOR DE HYPOTHEEK

### a. Persoonlijke rechten

Op grond van de in hoofdstuk II ontwikkelde gedachtengang zal de hypotheek

voorgaan op, een sterkere werking hebben dan, de vóór de hypotheek tot stand gekomen persoonlijke rechten. Dit mogen wij vooropstellen. Deze sterkere werking zal zich echter alleen manifesteren wanneer de hypotheek ook met dat eerder verleend persoonlijk recht in botsing komt. Dit nu zal slechts zelden reeds het geval zijn bij de vestiging of tijdens de looptijd van de hypotheek.

In het merendeel der gevallen zal het gaan om een persoonlijk recht, dat niet door de vestiging van de hypotheek wordt gefrustreerd of bemoeilijkt, noch tijdens de looptijd van de hypotheek, doch eerst door de executie op grond van de hypotheek. Dit is te verklaren uit een specifieke karaktertrek van het recht van hypotheek. Het is een zekerheidsrecht en wordt gedurende de looptijd niet uitgeoefend, dit laatste geschiedt eerst bij de executie, daarin gaat het recht op. Zolang uitoefening van het recht niet plaatsheeft, kunnen allerlei andere rechten zonder moeilijkheden naast de hypotheek op hetzelfde goed rusten.

Er zijn echter ook gevallen, waarin reeds de vestiging van de hypotheek in conflict is met de persoonlijke verplichtingen ten aanzien van het betrokken goed, terwijl zich ook situaties kunnen voordoen waarin het conflict tussen hypotheek en persoonlijk recht ontstaat tijdens de looptijd van de hypotheek, alles afgezien van uitwinning.

### *Conflict door vestiging*

Een duidelijk voorbeeld van een geval waarbij het conflict ontstaat bij de vestiging van de hypotheek, is het volgende. Een hypotheekgever heeft zich tegenover iemand verbonden niet tot hypotheekvestiging ten behoeve van een ander over te gaan; hij heeft een zogenaamde negatieve hypotheekverklaring afgegeven. Desondanks vestigt hij een hypotheek ten behoeve van een ander. Met de stelling dat de gevestigde hypotheek een sterkere werking heeft dan de verplichting uit de negatieve hypotheekverklaring en eventueel het constateren van wanprestatie tegenover degene ten opzichte van wie de hypotheekgever zich verbond, is nog niet alles gezegd over de vraag naar de invloed van het bestaan van die obligatoire plicht op de gevestigde hypotheek. Loopt die hypotheek of de betrokken hypotheekhouder op enigerlei wijze gevaar?

Dit is niet uitgesloten. Immers het standpunt van de Hoge Raad met betrekking tot dergelijke gevallen kan aldus worden weergegeven: handelen met iemand terwijl men weet, dat deze door dit handelen een door hem met een ander gesloten overeenkomst schendt, is op zichzelf jegens die ander niet onrechtmatig, maar 'onder omstandigheden'<sup>1</sup> zal sprake kunnen zijn van een onrechtmatige daad; in casu gepleegd door de hypotheekhouder die profiteerde van de door de hypotheekgever gepleegde wanprestatie, hetgeen de hypotheekhouder schadeplichtig zou kunnen maken.

Maar zelfs de hypotheek kan gevaar lopen. Immers de Hoge Raad stelt zich voorts op het standpunt dat de schadevergoeding ook in iets anders kan bestaan dan in de betaling van een geldsom, nl. ook in een andere prestatie welke geschikt

1. Aldus Drion c.s., De Onrechtmatige Daad III, (Herrmann) no.32. In die zin ook H.R.17-11-1967, N.J.1968 no. 42, zie ook de noot van Van der Grinten in A.A. XVII, jan 1968

is om de schade weg te nemen, mits gevorderd door de benadeelde en mits de rechter het een passende schadevergoeding acht<sup>1</sup>, bijvoorbeeld herstel in de vorige toestand, of zelfs in het verrichten van die prestatie welke door de onrechtmatige daad werd verhinderd.<sup>2</sup>

De vraag rijst of de bijkomende omstandigheden zodanig zijn, dat van een onrechtmatige daad gesproken kan worden. Verder kan men de vraag stellen of tenietdoening van de gevestigde hypotheek een passende schadevergoeding zou kunnen zijn voor geval tot een onrechtmatig handelen geconcludeerd moet worden. In vergelijkbare gevallen heeft de Hoge Raad met name drie factoren relevant geacht voor beoordeling van het al dan niet onrechtmatig karakter van dergelijk handelen. Deze factoren spelen ook hier een rol.

Vooreerst en vooral is het van belang of hij die van de betrokken handeling profiteerde kennis droeg van het feit dat zijn wederpartij handelde in strijd met zijn verplichtingen. Dit nu is zeer wel mogelijk; men kan zich gemakkelijk voorstellen, dat de latere hypotheekhouder de negatieve hypotheekverklaring kende. Het moment waarop deze kennis aanwezig moet zijn is het moment van de hypotheekverlening.

Daarnaast speelt een grote rol het belang dat hij te wiens behoefte de negatieve hypotheekverklaring werd verstrekt, heeft bij de naleving van de daaruit voortvloeiende verplichting en de vraag of de latere hypotheekhouder dit belang kende. Dat het belang van de houder van de negatieve hypotheekverklaring aanmerkelijk kan zijn spreekt voor zich, terwijl de latere hypotheekhouder, indien hij kennis droeg van de verklaring, zich in de meeste gevallen ook van dat belang bewust zal zijn of dient te zijn. Of in een concreet geval het belang van de houder van de negatieve hypotheekverklaring aanmerkelijk geschaad is, zal in belangrijke mate afhankelijk zijn van de mate waarin hem alsnog een vergelijkbare zekerheid kan worden verstrekt. Indien hem bijvoorbeeld alsnog hypothecair onderpand van voldoende overwaarde kan worden verstrekt, zal zijn belang gering zijn. Hierbij speelt naast de omvang van de alsnog geboden zekerheid ook de aard daarvan een rol; hypothecaire zekerheid kan niet zonder meer vervangen worden door zekerheidsoverdracht en zakelijke zekerheid niet zonder meer door persoonlijke. Over het algemeen zal echter deze tweede factor van geringe betekenis zijn, indien voldoende vervangende zekerheid kan worden geboden.

Tenslotte een derde factor: bestond er een bijzondere verhouding tussen de

1 Vgl. H.R.11-3-1960, N.J.1960, no.261; H.R.19-2-1960, N.J.1960, no.473, en H.R.3-1-1964, N.J.1965, no.16 m.n. Scholten, het Tante Bertha-arrest met de vraag is dubbele verkoop met levering aan de tweede koper een o.d. van de tweede koper? In dit geval ja, zelfs afgezien van de vraag of verkoopster wanprestatie pleegde. Relevant: a. wetenschap bij tweede koper; b. belang van eerste koper bij levering aan hem; c. gebruik/misbruik van bijzondere verhouding van tweede koper tot verkoopster. Zie ook H.R.4-6-1965, N.J.1965, no.381 en Pitlo in *Bundel Onroerend Goed*, p.231 e.v. met verdere literatuur en jurisprudentie, o.a. Cahen, R.M. Themis 1965, p.473.

2. H.R.17-11-1967, N.J.1968, no.42; A.A.XVII, jan 1968 noot V.d. Grinten, het Tante Neeltje-arrest. koopoptie gefrustreerd door schenking. Aannemen der schenking o.d. Relevant. a. wetenschap bij begiftigde, b. belang bij optiehouder; c. bijzondere verhouding tussen schenkster en begiftigde. Grote overeenkomst van relevant geachte omstandigheden in dit arrest en dat van 3-1-1964 zie noot 1. Voor het overige zij verwezen naar Drion c.s. *De Onrechtmatige Daad III* (Herrmann) no. 32

latere hypotheekhouder en diens wederpartij, waardoor de eerste ongeoorloofde invloed kon uitoefenen of was er misschien sprake van samenspanning teneinde voldoening aan de negatieve hypotheekverklaring te verijdelen? Men zal dit niet te snel mogen aannemen

Overziet men de drie factoren dan moet de slotsom zijn, dat met name door de tweede en de derde factor, waarbij m.i. strenge eisen gesteld moeten worden, slechts in weinig gevallen tot een onrechtmatige daad geconcludeerd mag worden. Maar gesteld, dat zich een dergelijk geval voordoet, hoe staat het dan met de schadevergoeding?

Door het teloor gaan van de mogelijkheid van hypothecaire zekerheid zal een schuld niet of niet zo eenvoudig verhaalbaar kunnen blijken. Dat betekent een schade in geld, schadevergoeding in de vorm van een geldsom zal dan acceptabel zijn. Hiermede wordt de kwestie echter verplaatst naar het moment dat verhaal gezocht wordt. Het gaat evenwel niet zozeer over de afloop, alswel over de schade aan het begin: het ontbreken van hypothecaire zekerheid. Ook hiervoor zou een schadevergoeding in geld kunnen worden toegewezen. Een schadevergoeding in een andere vorm—nog zonder direct aan de onrechtmatig gesloten hypotheek te raken—is echter meer geëgend. De rechter zou degene die onrechtmatig handelde kunnen veroordelen zelf voor vervangende zekerheid zorg te dragen, bijvoorbeeld door zelf hypotheek te stellen, of door zich als borg te verbinden, of door een kredietverzekering te sluiten ten behoeve van de benadeelde. In de meeste gevallen zal daardoor voor de houder van de negatieve hypotheekverklaring een situatie ontstaan 'welke in overeenstemming is met de rechtsbelangen van de betrokkenen'.<sup>1</sup>

Het moet echter niet geheel uitgesloten worden geacht, dat—indien gevorderd—een schadevergoeding wordt opgelegd welke in enigerlei vorm tenietdoening van de onrechtmatig gevestigde hypotheek inhoudt. Dat zou mogelijk zijn door een veroordeling tot afstanddoening met toestemming tot doorhaling van de inschrijving, of door een veroordeling tot lichting, wat dat laatste ook zijn moge.

Concluderend kan gesteld worden, dat bij hanteren van in principe gelijke maatstaven, gevallen als het onderhavige in mindere mate aanleiding zullen geven tot onrechtmatige daad dan gevallen als behandeld in de Tante Neeltje- en Tante Bertha-arresten. Bij de eerste categorie gaat het om zekerheid voor de nakoming van een in geld gewaardeerde verplichting, terwijl het in de genoemde arresten een specifiek object betrof, dat niet of minder eenvoudig is te vervangen. Met dit laatste is tevens aangegeven waarom gevallen als het onderhavige, gesteld al dat er van een onrechtmatige daad sprake is, in mindere mate aanleiding zullen geven tot een veroordeling welke herstel van de teloor gegane mogelijkheid impliceert

### *Conflict tijdens de looptijd*

Ook indien het conflict zich voordoet tijdens de looptijd van de hypotheek, zal

1 Aldus Van der Grinten in noot op H R 17-11-1967 in A A XVII, jan 1968

het principe vooropstaan dat de hypotheek als zakelijk recht een sterkere werking heeft dan een persoonlijk recht. Een algemene eerbiedigingsplicht van contractuele aanspraken kennen wij in ons rechtssysteem niet.<sup>1</sup> Ook hier echter de vraag of het bestaan van persoonlijke rechten de hypotheekhouder volledig onverschillig laat. Ik denk hierbij vooral aan kooprechten o.a. in de vorm van opties of voorkeursrechten ten aanzien van een goed, dat na het tot stand komen van die rechten met hypotheek wordt belast. Stel dat de optiehouder tijdens de looptijd van de hypotheek van zijn recht gebruik wenst te maken.<sup>2</sup>

Een oplossing parallel aan die welke wij zagen voor de verbroken belofte geen hypotheeken op het goed te zullen vestigen, is hier moeilijk te geven. De vestiging van een hypotheekrecht is immers moeilijk als wanprestatie door de hypotheekgever en/of onrechtmatige daad door de hypotheeknemer te kwalificeren, wanneer de contractuele aanspraken van de houder van het persoonlijke recht niet door die vestiging worden geschonden. Het zal nog moeten blijken of op het moment dat de optiehouder van zijn recht gebruik kan en wenst te maken, te zijnen opzichte niet integraal kan worden gepresteerd. De hypotheekgever zal zich op dat moment ontdaan moeten hebben van de hypotheek. Eerst wanneer hij daarin niet slaagt, dan pleegt hij daardoor wanprestatie. Of in een dergelijk geval ook sprake zou kunnen zijn van een onrechtmatige daad door de hypotheekhouder jegens de persoonlijk gerechtigde moet ernstig worden betwijfeld. De hypotheekhouder doet niets, en het nalaten—wat in deze alleen kan zijn het niet doen van afstand van zijn recht van hypotheek—kan men zich in deze moeilijk als onrechtmatig voorstellen. Zie echter hetgeen op p.63 is opgemerkt over aflossing.

Of zouden wij—terugkerend tot het moment van vestiging—moeten aannemen, dat toch op dat moment van vestiging een onrechtmatige daad is gepleegd? De vestiging is immers de basis van de latere onmogelijkheid om op de juiste wijze te voldoen aan voorkeurs- of optierecht.

In het Tante Bertha-arrest stelde de Hoge Raad ook, dat afgezien van de vraag of er wanprestatie gepleegd wordt door het aangaan en uitvoeren van de gewraakte overeenkomst van een onrechtmatige daad sprake kan zijn. Bovendien was het niet uitgesloten, dat Tante Bertha op het moment dat de levering aan de eerste koper moest plaatshebben, zich wederom de eigendom van het goed zou hebben weten te verschaffen. Althans in theorie bestond die mogelijkheid. Toch wordt de tweede koopovereenkomst met levering, als onrechtmatig aangemerkt. De reden hiervan is naar men mag aannemen, dat de Hoge Raad terecht uitgaat van een definitief karakter van de tweede verkoop en de daarop gevolgde levering, en daarmee de genoemde—theoretische—mogelijkheid impliciet uitsluit.

Daar een hypotheek naar haar aard echter juist niet definitief is maar een tijdelijk karakter draagt, mag men hier niet teruggrijpen naar de vestiging om die als

1. Aldus Van der Grinten in noot op H.R.17-11-1967 in A.A.XVII, jan. 1968.

2. Vgl. ook het arrest H.R.11-3-1960, N.J.1960, no.261. Een verkoop voor f 60 000 en vóór de levering een hypotheecaire belasting door verkoper tot f 75 000, waardoor hypotheekvrije levering onmogelijk wordt. Zie ook Wedeven W.P.N.R. 5018

de euveldaad te kwalificeren. De conclusie moet zijn, dat er bij de vestiging geen sprake is van een onrechtmatige daad, zodat de schadevergoeding en de vraag waarin die kan bestaan, niet aan de orde komt. Slechts indien bij de verlening en de vestiging reeds vast zou staan, dat de persoonlijke rechten niet op de juiste wijze zullen kunnen worden uitgeoefend—men denke aan samenspanning tussen hypotheekgever en -nemer— zou de vestiging van de hypotheek eventueel als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt. In dat geval zou een parallel met het eerste voorbeeld te trekken zijn en zullen gelijksoortige omstandigheden relevant zijn.

Gewoonlijk zullen zich echter in gevallen als dat waarbij een optiehouder betrokken is, geen problemen voordoen omdat de hypothecaire schuld uit de koop-som van de optant wordt afgelost, zodat de hypotheek vervalt. Slechts rijst de vraag of de hypotheekhouder, ook wanneer de schuld niet zonder meer aflosbaar zou zijn, in dergelijke gevallen toch in de geschetste gang van zaken zou moeten bewilligen. Het moet niet uitgesloten worden geacht, dat onder bepaalde omstandigheden de weigering tot medewerking in strijd kan zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, en een onrechtmatige daad oplevert. Slechts bij uitzondering zou men hiertoe mogen besluiten.

### *Conflict bij uitwinning*

Hoe moet het oordeel luiden, indien de verleende persoonlijke rechten niet kunnen worden uitgeoefend, omdat de hypotheekhouder overgaat tot executie van het onderpand, zonder zich te storen aan die persoonlijke rechten? Gedeeltelijk zal de conclusie op hetzelfde neerkomen. In de vestiging zal geen onrechtmatige daad gelegen zijn in normale gevallen, op grond van de zojuist gevoerde argumentatie. Ook hier echter moet een uitzondering gemaakt worden voor het geval dat reeds bij het verlenen en vestigen van de hypotheek zekerheid bestaat dat de persoonlijke rechten zullen worden geschonden. De vraag of het onrechtmatig is om bij executie bedoelde rechten geheel te negeren is evenwel *niet* zo eenvoudig te beantwoorden. Bovendien, voordat wij ons met de onrechtmatigheid van een dergelijke uitwinning kunnen bezighouden, moet een standpunt worden bepaald ten aanzien van de vraag: kán de hypotheekhouder bij uitwinning persoonlijke rechten negeren? Ik acht de heersende mening dat dit inderdaad mogelijk is<sup>1</sup> juist.

De vraag of het ook ongestraft kan, met andere woorden of de hypotheekhou-

1. H.R.20-4-1900, W.7435, Hypotheekhouder wint uit onafhankelijk van recht van wederinkoop. Hier verwijst men doorgaans naar.

Anders Bok in W.P.N.R.4255 die onjuiste gevolgen verbindt aan de mandaatstheorie van de H.R. (gesteld dat die nog bestaat) en voorts geen goed onderscheid maakt tussen voor en na de hypotheek verleende voorkeursrechten. Vgl. ook de over dit onderwerp verder gevoerde discussie in W.P.N.R. 4260 tussen Welling, die terecht de o.d. ten tonele voert; De Borst, die t.o. de wetenschap van het voorkeursrecht bij de hypotheekhouder irrelevant acht en bovendien stelt, dat bij voorkeursrecht na de hypotheek verleend zelfs schuldenaar die het verleende niet behoeft te boeten, en Löwensteijn, met tenslotte in W.P.N.R.4268 Stein die de kwestie legt op het vlak van de o.d., en verwijst naar de prijsbindingsarresten en naar H.R. 10-6-1938, N.J. 1939, no.411 m.n. P.S. Huurverkoper A verkoopt en levert aan C op het moment dat huurkoper B bijna alle termijnen heeft voldaan. C wist dit. Vgl. voorts: W.P.N.R.4795, Bank wenst, alvorens hypothecaire lening te verstrekken, te haren behoefte afstand van t.a.v. het te verbinden goed verleend optierecht. Polak: optie niet zakelijk, executie zonder is moge-



der zich inderdaad in het geheel niets gelegen behoeft te laten liggen aan de eerder verleende persoonlijke rechten, wordt vooral de laatste tijd minder snel in het voordeel van de hypotheekhouder beslist. Het passe-partout van art. 1401 wordt ook hier gehanteerd.<sup>1</sup> Dat men een onrechtmatige daad hier zou kunnen baseren op het gebruik maken van andermans wanprestatie, geloof ik echter niet. Wel kan als uitgangspunt genomen worden, dat een dergelijke uitwinning zonder rekening te houden met vóór de verlening van de hypotheek aan derden verleende persoonlijke rechten, op zichzelf niet onrechtmatig is ten opzichte van die derde, doch dat bijkomende omstandigheden dit handelen onrechtmatig kunnen doen zijn. De volgende omstandigheden moeten relevant geacht worden:

De aanstaande hypotheekhouder moet bij het verlenen<sup>2</sup> van de hypotheek het

lijk, maar wist de hypotheekhouder ervan, dan kan dergelijke executie 'onder omstandigheden' o.d. opleveren (Rvr.III).

W.P.N.R.4915, Rvr. I, Plicht tot aanbidding bij voorgenomen verkoop. Valt verkoop ex art. 1223 lid 2 daaronder? Zo ja ontslaat de wettelijke plicht tot openbare verkoop, die aanbod onmogelijk maakt, van de plicht tot aanbod? Polak: Hypotheekhouder is niet aan het voorkeursrecht gebonden W.P.N.R.4534, Rvr.III, Verkoop A-B met voorkeurskooprecht voor A als B vervreemden wil; voorts hypotheek t.b.v. A wegens schuldig gebleven koopsom. Een merkwaardig geval omdat voorkeursrecht en hypotheek t.b.v. dezelfde persoon gelden, bij dezelfde akte!

Houwing: als executie ex art.1223 lid 2 al vrijwillige verkoop is, dan kan het voorkeursrecht toch niet in de veiling verwezenlijkt worden; od. is lastig, immers door de hypotheekhouder t.o.v. zich zelf, wanprestatie ook, immers tevoren staat vast dat integrale voldoening aan beide rechten onmogelijk kan zijn

Zie ook noot I, p. 75

1. Vgl. Smalbraak, Preadvies C.N. 1966, p.97: indien noch de hypotheekhouder, noch enig ander wordt benadeeld, moet rekening worden gehouden met obligatoire rechten. Hiertegen: Van Opstal in W.P.N.R.4924: de consequentie van Smalbraaks opvatting is dat ook zakelijke rechten in dergelijke omstandigheden zouden moeten worden gerespecteerd: de mening die Scholten aanvankelijk (4e druk R.) aanhangt en later verwerpt (8e druk)

Een onderscheid naar moment waarop het obligatoire recht ontstaat maakt Smalbraak niet, maar ik veronderstel dat hij de rechten van voor de hypotheek bedoelt.

Smalbraak releveert ook de enquête door het Driemanschap gehouden via W.P.N.R.4531 aangaande kettingbedingen. Men oordeelde nagenoeg unaniem dat deze dienden te worden gerespecteerd d.w.z. opgelegd bij executie. Argumenten: nalaten kan o.d. zijn, vlg. sommigen, anderen onderscheiden: is voldoende opbrengst te verwachten zo ja, opleggen, anders niet; weer anderen: beding van voor de hypotheek wel opleggen, latere niet.

Zie voor geval van opleggen van kettingbeding zelfs ten nadele van de 2e hypotheekhouder: W B Bruijns W.P.N.R.3566, argument handhaving van goede exploitatie van fraai villapark.

Macijer, Preadvies C.N. 1966, p 39: '... Onzeker is wat er zal gebeuren als het goed wordt verkocht door ... een hypotheekhouder ...' 'Het gevaar dreigt dat de ketting wordt gebroken door een insolvente tussenschakel ...' En hij memoreert ook de mogelijkheden om via de artt.1401 en 1377 een absolute trek te verschaffen aan vorderingsrechten.

Leopold, preadvies N.J.V.1930, p.28: Wist de hypotheekhouder bij het verlenen van de hypotheek van de persoonlijke rechten waarvan de strekking is dat zij bij overdracht ook overgaan, dan eist de goede trouw, dat hij deze ook bij de executie t.o.v. de koper zal doen gelden.

Vgl. ook Pitlo, Bundel Onroerend Goed, p.244/5: art.1612 is geen uitzonderingsregel, maar weergave van een algemene regel: een eerder obligatoir recht dient ook door de latere zakelijk gerechtigde te worden gerespecteerd indien hij het kende of kon kennen Een uiterst gevaarlijk criterium.

Vgl. omtrent kennen en kunnen kennen H.R.27-6-1913, N.J.1913, p.868. koper kan erfdiensbaarder kennen uit de registers. H.R.10-4-1924, N.J.1924, p 584 Huurder kan beding van 1230 B.W. kennen.

2. Aldus ook Leopold, Preadvies N.J.V.1930, p.28. Vgl. ook het betoog van Pitlo in de Bundel Onroerend Goed, p.231 e.v. omtrent wetenschap van persoonlijke rechten bij de rechtsverkrijger onder bijzondere titel

persoonlijk recht kennen of behoren te kennen. Van behoren te kennen zal bijvoorbeeld sprake zijn indien het betrokken recht is opgenomen in de eigendomstitel van het onderpand. Bij latere kennisname, ná de verlening dus, zal een parallel getrokken kunnen worden met een later verleend recht. Deze komen hierna ter sprake.

Voorts zal de persoonlijk gerechtigde een aanmerkelijk belang moeten hebben bij handhaving van zijn recht, welk belang de hypotheekhouder kent of behoort te kennen.<sup>1</sup>

Ook een eventuele tussen de hypotheekhouder en hypotheekgever bestaande bijzondere verhouding is van groot belang. Hebben zij samengespannen en heeft bij het verlenen van de hypotheek de opzet voorgezetten de persoonlijke rechten te verijdelten, dan zal dat een argument kunnen zijn om de uitwinning met negatie van het persoonlijk recht onrechtmatig te noemen.<sup>2</sup>

Een factor van groot gewicht zal ook zijn of de hypotheekhouder schade lijdt indien hij het betrokken recht respecteert en zo ja hoe groot die schade zal zijn. Een bijzondere omstandigheid doet zich hierbij voor, indien de betrokken derde aanbiedt de eventueel te lijden schade te vergoeden. Indien hij zonder meer aanbiedt te vergoeden wat de hypotheekhouder niet blijkt te kunnen verhalen, zal gesteld kunnen worden, dat deze geen schade lijdt. In geval van optie- of voorkeursrecht kan men zich voorstellen, dat de gerechtigde—met instemming van de eigenaar—aanbiedt het onderpand te kopen tegen een acceptabele prijs, welke voldoende is om de hypothecaire gedekte schuld te verhalen. Ook zou de optiehouder of de voorkeursgerechtigde kunnen aanbieden de schuld over te nemen of af te lossen, indien hij gesubrogeerd wordt in alle rechten van de hypotheekhouder. Weigering van de hypotheekhouder aan het laatste mede te werken kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn.

Een nauwkeurige omlijning is moeilijk te geven. Van geval tot geval zullen de omstandigheden anders liggen, terwijl er een zekere complementaire werking is tussen de verschillende factoren.

Over het algemeen zal men ook voor deze categorie gevallen niet te vlug een onrechtmatige daad mogen aanvaarden.

Bovendien moet men in aanmerking nemen, dat in geval van uitwinning veel voorkomende rechten als opties en voorkeursrechten soms niet gerespecteerd kunnen worden, althans niet in die zin, dat het onderpand aan optiehouder of voorkeursgerechtigde wordt aangeboden. In het kader van een openbare verkoop zijn dergelijke rechten slechts in zoverre realiseerbaar, dat zij in de verkoopbedingen kunnen worden opgenomen en opgelegd aan de koper.<sup>3</sup> Schadevergoeding achteraf in een zodanige vorm dat de contractuele aanspraken in feite integraal

<sup>1</sup> Vgl. slot noot 1, p. 62 omtrent kunnen kennen.

<sup>2</sup> Vgl. ook het op p. 60, noot 2, reeds genoemde arrest H R 11-3-1960, N J 1960, no. 261

<sup>3</sup> Vgl. Houwing W P N R 4534, RvR III

T a v. kettingbedingen (men is het er wel over eens dat het ondingen zijn, aldus Maeijer, preadvies C N 1966, p. 41) die de praktijk toch niet gauw zal laten vallen, zij nog opgemerkt dat deze ook wel voor een hypotheek veilig te stellen zijn. Daartoe zal men het begrip 'vervreemding' dat meestal gebruikt

worden gehonoreerd en dus een absoluut karakter zouden krijgen, of anders gezegd: een herstel in de oude toestand, lijkt mij uitgesloten.

### Conclusie

De conclusie moet luiden, dat het in het eerste geval, waarin de vestiging zelf wanprestatie is en waarin ook het belang van de persoonlijk gerechtigde aanmerkelijk kan zijn, een onrechtmatige daad met een schadevergoeding in een voor de gevestigde hypotheek desastreusere vorm—volledig respecteren van het eerder verleende recht—niet tot de onmogelijkheden behoort.

In het tweede geval, dat waarin tijdens de looptijd van de hypotheek wanprestatie gepleegd wordt, zal een onrechtmatige daad nauwelijks te construeren zijn, behoudens in de genoemde bijzondere gevallen.

In het derde geval, dat waarin bij de uitwinning persoonlijke rechten in het gedrang komen, zal een onrechtmatige daad niet uitgesloten zijn. Zij zal echter niet gebaseerd kunnen worden op bewust gebruik maken van andermans wanprestatie—daarvan kan m.i. alleen sprake zijn bij de vestiging van de hypotheek—terwijl schadevergoeding in een zodanige vorm, dat het persoonlijk recht in feite volledig wordt gehonoreerd, in de aangegeven gevallen uitgesloten lijkt.

Over het algemeen mag in de hypothecaire sfeer slechts in uitzonderlijke gevallen, zoals bij samenspanning om een contractuele aanspraak welke voor de gerechtigde van aanmerkelijk belang is te verijdelen, een beroep op onrechtmatige daad worden toegelaten. De aard van de hypotheek als tijdelijk recht, dat bovendien niet, of niet direct wordt uitgeoefend, is hiervoor een sterk argument. Voorts kan ook in dit verband onderschreven worden de conclusie van Maeijer in het meergenoemde preadvies<sup>1</sup>: 'Men houde vast aan een gesloten stelsel van zakelijke rechten en aanvaarde ook de consequenties van een dergelijk stelsel.' Men dient het verschil tussen absolute en contractuele rechten te kennen en er rekening mede te houden.

### b. Zakelijke rechten

De criteria welke hier gehanteerd worden zijn soortgelijk als in het voorgaande: de inschrijving van de hypotheek enerzijds en de overschrijving van de andere zakelijke rechten anderzijds. De *andere* zakelijke rechten worden genoemd, omdat deze thans het belangrijkste onderwerp vormen. De verhouding tot eerdere hypotheeken komt zijdelings ter sprake.

Heeft de overschrijving van de akte, waarbij het zakelijk recht werd verleend,

wordt in dergelijke bedingen, in die zin moeten uitleggen dat als zodanig ook geldt het vestigen van een hypotheek, zodat de hypotheekgever dan verplicht zal zijn om de hypotheekhouder op te leggen zich bij eventuele executie te houden aan het kettingbeding, m a.w. het op te nemen in de veilingvoorwaarden. Acht men deze interpretatie te ruim, dan zou het kettingbeding uitdrukkelijk moeten worden uitgebreid, met het gevolg dat het een nog groter onding wordt en bovendien toch nog altijd afhangt van de bereidheid van de verplichte om na te komen; alle boeten ten spijt wordt het niet kwalitatief, en ook een opvolgend hypotheekhouder zal er niet aan gebonden zijn

1. Preadvies, C.N. 1966, p.79.

plaatsgevonden voordat<sup>1</sup> de inschrijving van de borderellen van de hypotheekakte plaatsheeft, dan zal het zakelijk recht volledig voorgaan op de hypotheek.<sup>2</sup> De hypotheekhouder zal dat zakelijk recht moeten respecteren. Slechts de eigendom belast met het betrokken zakelijk recht zal voorwerp van de hypotheek zijn. Dit ligt opgesloten in de onderlinge rangorde welke in ons zakenrechtelijk systeem heerst tussen de zakelijke rechten. In hoofdstuk II kwam dit ter sprake. In de daar ontwikkelde gedachtengang zou men kunnen zeggen, dat een hypotheek op blote eigendom van tweede rang is na het voorgaande zakelijk recht dat van eerste rang is.<sup>3</sup>

Evenals dit het geval was bij de hiervoor besproken persoonlijke rechten, zal zich ook hier meestal geen moeilijkheid voordoen tijdens de looptijd van de hypotheek. Door zijn speciale aard zal het hypotheekrecht in het algemeen niet vóór een executie in botsing komen met het eerder verleende zakelijk genotsrecht. Doet zich die botsing echter voor, dan is de oplossing veel minder gecompliceerd dan bij vóór de hypotheek tot stand gekomen persoonlijke rechten. De latere hypotheek kan immers het eerdere zakelijk recht—that toch in alle geval nog in zoverre absoluut genoemd kan worden dat het onaantastbaar is voor latere soortgenoten, al moge het dan door de koers van de jurisprudentie van de Hoge Raad niet meer geheel veilig zijn voor eerder verleende persoonlijke rechten—niet aantasten. Bij de vestiging van een dergelijke hypotheek is er niet sprake van een 'niet mogen' aantasten van het eerdere recht, maar van een 'niet kunnen'. Is executie aan de orde dan zal ook slechts de blote eigendom kunnen worden verkocht, of wel: het eerder gevestigde zakelijk recht blijft volledig in stand.

Wordt in een eerder gevestigd zakelijk recht wijziging gebracht, dan kan dit leiden tot het tenietgaan van het recht en het ontstaan van een nieuw recht.<sup>4</sup> Geschiedt dit na de vestiging van de hypotheek, dan zal het nieuwe recht bij de hypotheek ten achter staan; vgl. hierna p.68. De wijziging behoeft echter niet altijd te leiden tot het tenietgaan van het oude recht en het ontstaan van een nieuw; het is mogelijk dat het oude recht blijft voortbestaan. Men neemt wel aan dat het laatste het geval is, zolang geen wijziging wordt gebracht in het object van het recht.<sup>5</sup> Ook in dit geval zal echter een na de vestiging van de hypotheek tot stand gekomen wijziging de hypotheekhouder niet kunnen worden tegengeworpen. Dit blijkt ook hieruit, dat de wijzigingsakte moet zijn overgeschreven in de openbare registers, wil de wijziging méér dan slechts obligatoire werking tussen partijen hebben.<sup>6</sup> Slechts indien de wijziging steunt op een rechtstreekse in de oorspronkelijke voorwaarden daartoe geopende mogelijkheid—wat bijvoorbeeld

1 Dit betekent overschrijving uiterlijk de dag tevoren. Overschrijving op de dag van inschrijving geeft indien uitgever van zakelijk recht en hypotheekgever dezelfde zijn, gelijke rechten

2 Vgl. het genoemde arrest van 27-6-1913, NJ 1913, p. 868. De koper kan de erfdienstbaarheden kennen door titelonderzoek en bij niet weten is hij niet te goeder trouw

3 Vgl. in deze een soortgelijke terminologie gebruikt door Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p. 8

4 Asser-Beekhuis II, p. 274

5 Asser-Beekhuis II, p. 274

6 Asser-Beekhuis II, p. 275

wel voorkomt met betrekking tot periodieke herziening van de canon bij erfpacht—zou men anders kunnen oordelen en de hypotheekhouder gebonden kunnen achten.

### c. Kwalitatieve plichten

Indien men aanneemt dat er kwalitatieve verplichtingen ten laste van een onroerend goed kunnen bestaan—kwalitatief te verstaan in die zin, dat de eigenaar van het betrokken goed er uit hoofde van die kwaliteit aan gebonden is en op hem als eigenaar de verplichting rust welke bij vervreemding automatisch mee overgaat—zal men ten aanzien van dergelijke verplichtingen eenzelfde standpunt moeten innemen als ten aanzien van de zakelijke rechten. Het probleem steekt echter in de vraag of men een bepaalde verplichting als kwalitatief wil bestempelen.<sup>1</sup>

Buiten de sfeer van zakelijke rechten stuiten wij in het kader van de kwalitatieve rechten en verplichtingen op huur, welke apart zal worden besproken. Voorts kan men aantreffen kwalitatieve rechten ten laste van een goed, voortvloeiende uit medegerechtigdheid in enig gemeen goed<sup>2</sup>, een erfboedel bijv. Dit geval zal alleen spelen bij hypotheek op een onverdeeld aandeel. Dergelijke hypotheeken zijn echter zeer zeldzaam<sup>3</sup>; een bespreking zou zich bovendien concentreren op kwesties van mede-eigendom en te ver buiten het kader van deze studie voeren.

Van de kwalitatieve verplichtingen die samenhangen met zakelijke rechten wil ik er hier echter één uitdrukkelijk vermelden: de retributie welke verbonden kan zijn aan een erfdienstbaarheid gevestigd ten behoeve van het onroerend goed dat met hypotheek wordt belast.<sup>4</sup> Bij executie zal het onderpand mét het recht van erfdienstbaarheid, maar ook mét de aan die erfdienstbaarheid verbonden retributieplicht op de koper overgaan. Met een grondrente ten laste van het verbonden goed is het niet anders. Ook valt hier te denken aan het recht van appartement

### d. Kwalitatieve rechten

Met de erfdienstbaarheid—het enige zakelijk recht dat ten nutte van een verbonden goed kan zijn gevestigd—komen wij aan de keerzijde van de medaille: kwalitatieve rechten (de zakelijke erfdienstbaarheid inclusief) ten behoeve van het verbonden goed. Ook deze blijven verbonden aan de eigendom van het goed, in

1. Vgl. over deze materie Maeijer, Preadvies C N 1966, p 24 e v voor het huidige recht en p 62 voor het ius constituendum en Smalbraak, Preadvies C N 1966, p 99 e v respectievelijk p 103, met literatuur en jurisprudentie

2. Hierover bestaat veel literatuur n a v art 1212. Vlg o a Mr C H Beekhuis in W P N R 4473-4480

3. Een particuliere hypotheek op een onverdeeld aandeel, anders dan in noodgeval, kan ik me moeilijk voorstellen.

Vele banken accepteren in principe geen onverdeeld aandeel als onderpand Vgl Switzar en le Loux, Landbouw en Bankwezen, Opstellen uitgegeven ter gelegenheid van het 60-jarig bestaan van de Cooperatieve Centrale Boerenleenbank te Eindhoven, onder redactie van Prof Dr H W J Bosman, p 258/9

4. Maeijer, preadvies C.N. 1966, p 28.

wiens handen dat ook overgaat.<sup>1</sup> De sinds het arrest Blauwboer-Berlips<sup>2</sup> meest gevolgde interpretatie acht kwalitatieve rechten die automatisch mee overgaan nog steeds mogelijk.<sup>3</sup> Is aan een onroerend goed een dergelijk kwalitatief recht verbonden op het moment, dat de hypotheek wordt ingeschreven<sup>4</sup>, dan zal het betrokken goed met de daaraan verbonden rechten object van de hypotheek zijn. Bij executie zal de koper het onderpand met de daaraan verbonden kwalitatieve rechten verkrijgen.

#### e. Toch uitwinning van volle eigendom?

Ondanks het bestaan van zakelijke rechten ten laste van het verbonden onderpand kan toch in enkele gevallen de volle eigendom worden uitgewonnen.

De zakelijk gerechtigde kan zijn recht medeverbinden bij dezelfde akte en onder dezelfde bepalingen als de bloot-eigenaar zijn recht verbindt; zij geven als het ware samen hypotheek. Op die manier zou de hypotheekhouder de volle eigendom kunnen uitwinnen, zo wordt gesteld.<sup>5</sup> Weliswaar moet de zakelijk gerechtigde-onderzetter beschouwd worden als derde-bezitter in de zin van de artt. 1242 e.v., maar in het medeverbinden op deze wijze—kennelijk niet met het doel de hypotheekhouder een tweede onderpand te verschaffen, maar om te zijnen behoeve een complete eigendom te verbinden—mag men een afstand van het voorrecht van art. 1244 opgesloten achten.<sup>6</sup> Met dit laatste kan ik meegaan. Maar ondergraaft men niet juist door—overigens terecht—te stellen, dat de zakelijk gerechtigde-onderzetter te beschouwen is als derde-bezitter, de stelling dat volle eigendom kan worden uitgewonnen? De gesignaleerde bedoeling alleen is niet voldoende om blote eigendom en zakelijk recht te doen samenvloeien tot volle eigendom. Men zou eventueel kunnen verdedigen, dat het één hypotheek is, maar het blijven twee onderpanden. Wel zou men, aangenomen dat deze wijze van verbinden afstand van het voorrecht van art. 1244 inhoudt, bij uitwinning 'in massa' kunnen veilen, dat wil zeggen beide onderpanden tegelijk kunnen verkopen, zodat bij de koper vermenging kan optreden. Maar dit is niet hetzelfde als volle eigendom verkopen. Volle eigendom ontstaat eerst wanneer het zakelijk recht tenietgaat

Slechts door deze gang van zaken te interpreteren als rangwisseling tussen de als eerste gerangschikte zakelijk gerechtigde en de als tweede gerangschikte hypotheekhouder, zal de hypotheek rusten op de volle eigendom, als ware eerst de hypotheek en dan pas het zakelijk recht gevestigd. Voor een dergelijke rangwisseling zou echter geëist moeten worden dat er op een andere manier van blijkt. Het

1 Een erfdiensbaarheid heeft niet als zakelijk recht uitdrukkelijk te worden medeverbonden

2 H R 3-3-1905, W 8191

3 Vgl. Maeyer, preadvies C N 1966, p 33 e v. Anders Asser-Rutten II, p 295

4 Komt het recht tussen verlening en inschrijving tot stand, dan moet het geacht worden te zijn inbegepen

5 Vgl. Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p 10

6 Vgl. in deze zin Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p 10

is misschien een aanvaardbare figuur naar analogie van de als 'lichting' bekend staande rechtsfiguur, welke speelt tussen hypotheekhouders onderling, maar zou dan ook als zodanig moeten worden gepresenteerd. Deze rangwisseling komt nog afzonderlijk ter sprake in Hoofdstuk VI.

Bij enkele zakelijke rechten is de voorgestelde werkwijze van medeverbinden niet mogelijk: men kan niet naast de blote eigendom een zakelijk recht van gebruik en bewoning medeverbinden, evenmin kan een op het onderpand rustende erfdienstbaarheid worden mede verbonden. Het eerste recht is hoogstpersoonlijk en geen van beide zijn zij vatbaar voor hypotheek. Zij staan niet vermeld in art.1210.<sup>1</sup> Medeverbinden is dus niet mogelijk.

Zou men rangwisseling toepassen, dan speelt dit probleem niet. De praktijk heeft zich echter op een andere wijze weten te redden<sup>2</sup>: op een wijze die—in principe<sup>3</sup>—ook voor andere zakelijke rechten kan worden toegepast. Ter gelegenheid van de verlening en vestiging van de hypotheek, doet de zakelijk gerechtigde onder opschortende, niet terugwerkende voorwaarde dat de hypotheekhouder uitwint, afstand van zijn zakelijk recht.<sup>4</sup> Ook hier echter ware een zuivere rangwisseling—waarop afzonderlijk wordt teruggekomen—beter. Immers deze afstand schiet in feite haar doel voorbij in zoverre zij zou impliceren, dat het betrokken zakelijk recht door de afstand volledig tenietgaat. Zij is dan in feite niet anders dan een gebruik maken van een andere meer algemene figuur, welke leidt tot uitwinning van de volle eigendom. Deze ontstaat—algemeen gezegd—wanneer het vóór de hypotheek tot stand gekomen zakelijk recht eindigt vóórdát, of dóórdát<sup>5</sup> uitwinning plaatsheeft. Door het eindigen van het zakelijk recht zal de verbonden blote eigendom wederom uitzetten tot volle eigendom.<sup>6</sup> Het moederrecht zal de ruimte welke vrijkomt door tenietgaan van het afgesplitste zakelijk recht, automatisch weer opvullen. In dat geval zal de hypotheekhouder, die zijn recht weliswaar verkreeg op blote eigendom, maar dan toch op blote eigendom met alle daaraan verbonden eigenschappen, anders gezegd op een recht met groeimogelijkheden, bij de uitwinning volle eigendom kunnen verkopen.<sup>7</sup>

1. Art 1210 is limitatief, zie reeds H R 4-11-1886, W 5354, Hof Leeuwarden 19-2-1908, W 8651, W v N R 2009, Van Nierop, p 51

2. Vgl Broekema, Bundel Onroerend Goed, p 10, W P N R 4208, Rvr VI (Houwing), W P N R 4896, Rvr I (Polak); Stein, Zekerheidsrechten p 118

3. Deze mogelijkheid bestaat niet wanneer het betrokken zakelijk recht—uiteraard dan een ander dan gebruik en bewoning—op zijn beurt reeds voorwerp is van een zakelijk recht. Dat laatste kan immers naar algemeen wordt aangenomen van afstand geen hinder ondervinden, uitdrukkelijk zo O -B W 3 4 1 2 lid 3. Mocht het zakelijk recht na de verklaring van afstand (onder opschortende niet terugwerkende voorwaarde van executie bijv.) onderwerp worden van een zakelijk recht dan zal indien de afstand een feit wordt, de regel van art 3 4 1 2 lid 3 niet werken

4. Zie ook literatuur aangehaald in noot 2

5. Vgl W P N R 4896, Rvr I het geval van vruchtgebruik dat o a eindigt bij executie ex art 1223<sup>3</sup>. Dit kan variant zijn op afstand onder opschortende voorwaarde, alleen minder eenvoudig, omdat, indien deze wijze van eindigen niet in de voorwaarden is opgenomen, een wijziging van de voorwaarden moet plaatshebben, welke wijziging publicatie behoeft

6. Vgl Asser-Beekhuis I, p 19, Asser-Beekhuis II, p 8, Suyling V, no 9, 10, 81, 119

7. Dat dit verschijnsel niet omgekeerd werkt en de hypotheekhouder op een zakelijk recht niet op

Geldt dit nu voor alle wijzen van tenietgaan van het zakelijk recht? Het antwoord kan niet volmondig ja zijn, immers de regel van art.1250 leert dat het in ieder geval voor vermenging niet of niet geheel opgaat. Voor alle overige gevallen van beëindiging van zakelijke rechten moet het antwoord positief luiden; ook in geval van afstand. Behoudens dat afstand niet kan werken ten nadele van hem die op het betrokken zakelijk recht op zijn beurt een zakelijk recht heeft.

Hoe te oordelen over vermenging, mede in verband met de inhoud van art. 1250, en wat het Ontwerp aangaat, art.3.9.4.15, dat volgens de toelichting aansluit op art.1250.<sup>1</sup>

## f. Vermenging

Indien wij vermenging beschouwen als een normale wijze van tenietgaan van zakelijke rechten—zij het dan als een door de wet voorgeschreven gevolg van het in één hand geraken van blote eigendom en zakelijk recht—moet het proces, dat zich afspeelt als volgt gezien worden. Doordat het zakelijk recht en de blote eigendom in één hand samen komen gaat het zakelijk recht teniet en de dientengevolge vrijgekomen ruimte wordt ingevolge het elasticiteitsbeginsel door het moederrecht opgevuld; de blote eigendom groeit uit tot volle eigendom.<sup>2</sup>

In deze beschouwing maakt het geen verschil of de bloot-eigenaar het zakelijk recht verkrijgt, of andersom de zakelijk gerechtigde tevens bloot-eigenaar wordt. In beide gevallen is het de blote eigendom die in handen van de bloot-eigenaar uitgroeit na het tenietgaan van het zakelijk recht.<sup>3</sup> Gaat men hiervan uit, dan zal ook in beide gevallen het hypothecair onderpand uitgroeien van blote eigendom tot volle eigendom, op de wijze als hiervoor aangegeven voor andere gevallen van tenietgaan van zakelijke rechten.<sup>4</sup> Dus ook wanneer de zakelijk gerechtigde de belaste blote eigendom verkrijgt zal uitgroeien van het hypothecair onderpand plaatshebben.

Vermenging kan ook anders gezien worden. Blote eigendom en zakelijk recht zijn in één hand gekomen, ons rechtssysteem accepteert geen zakelijk recht op eigen goed, dus worden de twee rechten vervangen door de aan het totaal daarvan gelijke volle eigendom, en dús verdwijnt het zakelijk recht van het toneel. Ook in deze zienswijze zal geen verschil gemaakt mogen worden tussen het geval, dat de bloot-eigenaar het zakelijk recht verkrijgt en het geval dat de zakelijk ge-

dezelfde wijze uitbreidingsmogelijkheden heeft, is te verklaren uit het verschil tussen zakelijk recht en blote eigendom, alleen het laatste is moederrecht dat kan aanwassen Vgl Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p 8, Pitlo, p 124, Asser-Beekhuis II, p 9 impliciet De verwijzing van Broekema naar Suyling V, no 313 is moeilijk te volgen omdat Suyling daar alleen spreekt over vermenging

1 Toelichting, p 285

2 In die zin begrip ik Pitlo, p.124 e v en meen ik ook Suyling V, no 312 te kunnen begrijpen.

3 Pitlo concludeert zelfs met evenzovele woorden aldus, p 124

4 Vgl de consequente conclusie die Pitlo trekt, p 124 i t t zijn lezing op p 435/6 Op p 124 ziet hij voor beide gevallen uitbreiding Ook Suyling V, no 313 behandelt deze gevallen consequent gelijk, hij neemt in geen van beide gevallen uitbreiding aan.

N B Vermenging kan niet werken ten nadele van degene te wiens behoefte het betrokken zakelijke recht zelf belast is een zelfde regel als bij de afstand



rechtigde de blote eigendom verkrijgt. En ook zullen de gevolgen, welke dat ook zijn, voor de hypotheek rustend op de blote eigendom gelijk zijn, in wiens handen de vereniging ook plaatsheeft.<sup>1</sup>

De conclusie zal dus moeten luiden, dat—hoe vermenging ook gezien wordt—bij de vraag naar de gevolgen van de vermenging voor de hypotheek welke rust op de blote eigendom, in principe geen onderscheid mag worden gemaakt naar gelang de vermenging plaatsheeft in handen van de bloot-eigenaar of in handen van de zakelijk gerechtigde.<sup>2</sup>

Toch treft men in de literatuur dit onderscheid aan.<sup>3</sup> De aangevoerde argumenten zijn uiteraard gebaseerd op art.1250, eventueel gekoppeld aan de positie van derde-bezitter, welke de zakelijk gerechtigde inneemt. Het komt erop neer, dat uitbreiding van hypothecair onderpand wel plaats zou hebben indien de vermenging optreedt in handen van de bloot-eigenaar, doch niet wanneer vermenging plaatsheeft doordat de zakelijk gerechtigde de belaste blote eigendom verkrijgt.<sup>4</sup>

Artikel 1250 bepaalt, dat erfdienstbaarheden en andere zakelijke rechten zowel ten laste als ten bate van het uitgewonnen goed, die 'tengevolge van de overgang aan de derde-bezitter' waren tenietgegaan, herleven nadat 'het zelve aan een ander is toegewezen'. Het artikel is opgenomen in de Vierde Afdeling 'Van de gevolgen der hypotheeken tegen derde-bezitters'.

Bij de totstandkoming van het B.W. is er aan de gevolgen tegen derde-bezitters zoveel aandacht besteed, dat Voorduin de opeenvolgende ontwerpen van de betrokken titel eerst bij elkaar opgeeft, alvorens tot artikelsgewijze behandeling over te gaan.

Uit de geschiedenis van art.1250 wordt duidelijk welke gevallen de wetgever voor ogen heeft gehad en welke oplossing hij wenste. Hij doelt op het geval van vermenging ten gevolge van overdracht van het verhypotheekte goed aan degene, die een zakelijk recht had ten laste van dat goed, of wiens goed met een zakelijk recht ten behoeve van het verhypotheekte goed was belast (een erfdienstbaarheid dus).<sup>5</sup> Kortom, vermenging ten gevolge van overdracht aan de in art.1250 bedoelde derde-bezitter.<sup>6</sup> De gevolgen van deze vermenging wilde de wetgever ecarteren voor het geval van toewijzing aan een ander.

Hierbij valt het op dat art.1250 niet, zoals art.2177 C.C. waaruit het is afgeleid<sup>7</sup>, slechts spreekt over de erfdienstbaarheden en andere zakelijke rechten ten laste

1. Uitdrukkelijk zij in dit verband verwezen naar noot 7 p 68

2. Vgl. enerzijds Suijling V, no.313 die beide gevallen gelijk behandelt en voor geen van beide uitbreiding aanneemt en Pitlo, p.124 in beide gevallen uitbreiding (zie noot 4 p.69)

3. Vgl. Pitlo, p 435; Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p 8 e v., Asser-Beekhuis I, p 8/9

4. Zie noot 7 p 68.

5. Voorduin, IV, p 657/658 aant.I t/m V geeft de geschiedenis van art 1250; aant I verwijst ook naar de opgave van de elkaar opvolgende ontwerpen op dit stuk

6. Zie met name het voorstel van de tweede afdeling, aant V, p 658 bij Voorduin, IV Vgl ook Diephuis, 1848 V, p 696 no 1075

7. Land, III, p 404 noot 3 wijst op dit verschil, Asser, *Vergelijking* § 656 noemt art 1250 als een van de artikelen die 'min of meer' overeenkomen met de Code Napoleon op dat punt

van het uitgewonnen goed, maar ook over die ten bate van het uitgewonnen goed.<sup>1</sup>

Wat is de achtergrond van dit artikel 1250. Billijkheidsoverwegingen? Overwegingen in de trant van: datgene wat verbonden is moet geëxecuteerd kunnen worden, niet meer en niet minder?<sup>2</sup> Of heeft misschien de bijzondere aard van de erfdienstbaarheid de hoofdrol gespeeld?<sup>3</sup>

Dit is niet met zekerheid na te gaan, maar waarschijnlijk heeft sterk medegespeeld de mening dat het niet aangaat een zakelijk gerechtigde die in het bezit komt van de blote eigendom welke is verhypothekend, erop te laten achteruitgaan, doordat hij mogelijk bij een executie niet alleen de met hypotheek belaste blote eigendom, doch ook zijn—aanvankelijk onbelaste—zakelijk recht kwijtraakt, zonder dat daar ook maar iets tegenover staat.<sup>4</sup> Dit is een duidelijk aansprekend argument en de oplossing bevredigt het rechtsgevoel. Ik zou mij kunnen voorstellen, dat men daarbij dan maar voor lief neemt, dat men in ieder geval in een opzicht inconsequent is; immers, waarom zou dit niet precies zo zijn bij de bloot-eigenaar die het zakelijk recht verkrijgt? Het weerwoord luidt waarschijnlijk<sup>5</sup>: bij de bloot-eigenaar rust de hypotheek op de blote eigendom, dat wil zeggen op het moederrecht met de uitgroeimogelijkheden, dáár is het onderpand een recht met de kiem van volle eigendom. Is dit anders—zo vraag ik mij daarop af—indien de zakelijk gerechtigde de verhypothekerde blote eigendom heeft verkregen; dan is toch bij hém de blote eigendom met uitgroeimogelijkheden terecht gekomen.<sup>6</sup> Enig begrip voor deze tegenwerping zou men wel kunnen opbrengen, wanneer men haar beperkt tot de vermenging onder de schuldenaar/bloot-eigenaar die hypotheek geeft of de bloot-eigenaar/onderzetter. Komt de verhypothekerde blote eigendom echter in handen van anderen dan deze figuren, dan is niet in te zien waarom deze niet wanneer zij het zakelijk recht zouden verkrijgen, evenzeer beschermd zouden moeten worden. Zij zijn evenzeer derde-bezitter.<sup>7</sup> Merkwaar-

1. Dat hier ook de rechten ten bate van het uitgewonnen goed herleven, duidt erop dat de wetgever misschien de erfdienstbaarheden op het oog heeft gehad, immers waarom zou men deze niet aan beide zijden laten herleven, als de betrokken percelen in verschillende handen geraken. Vgl. art. 753 jo 748. Misschien ook duidt het in de richting van een algemene regel. vermenging doet goed, noch kwaad, ook voorzoveel betreft de rechten t b v de verbonden zaak.

Tenslotte. misschien in de richting van de algemene regel het goed moet geëxecuteerd worden in een toestand zo veel mogelijk gelijk aan die bij de verhypothekering (vgl. Van Ovens uitleg, in Asser-Van Oven, p 207).

2. Overigens zou dit voor erfdienstbaarheden ten behoeve van het verbonden goed ook zonder art. 1250 het geval zijn, deze acht ik medeverbonden, dus kan afstand of vermenging geen invloed hebben.

3. Merkwaardig is dat Asser-Beekhuis II, p. 8 ook een voorbeeld geeft met erfdienstbaarheden; dit spreekt sterk aan

4. Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p 8 de derde-bezitter kan er niet ten voordele van de hypotheekhouder op achteruit gaan.

5. Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p 8 Hij ziet hier geen reden om anders te oordelen dan bij andere gevallen van tenietgaan.

6. Vgl. Pitlo, p 124 (meergenoemd) in zeer heldere bewoordingen; hij komt op die plaats dan ook tot gelijke behandeling! Voor beide gevallen uitbreiding.

7. Vgl. in deze ook nog Asser-Scholten. Hij noemt art. 1250 twee keer. Vooreerst op p. 528 de bepalingen voor derde-bezitters in de 4e afdeling zijn geschreven vooral met het oog op (evenals in de Code)

diger wijze vindt men daarover niets bij degene, die juist het derde-bezit als criterium hanteert.<sup>1</sup>

Wat daarvan ook zijn moge, de wet beperkt zich in art.1250, naar mede blijkt uit de historie van het artikel, tot vermenging ten gevolge van overgang/overdracht van het verbonden goed aan de zakelijk gerechtigde.<sup>2</sup>

Een redenering, steunend op art.1250 en de positie van derde-bezitter bevredigt m.i. niet.

De overweging dat art.1250 een uiting is van de regel, dat het goed bij de executie zo veel mogelijk moet worden gebracht in de toestand waarin het zich bevond toen het werd verbonden<sup>3</sup>, kan duiden op toepassing van een algemene regel; maar die moet dan evenzeer gelden voor het geval dat vermenging plaatsheeft in handen van de bloot-eigenaar. Tenzij men zou tegenvoeren: deze consequentie volgt niet, want, indien vermenging optreedt bij de bloot-eigenaar, behouden wij wat verbonden werd, te weten de blote eigendom d.i. het moederrecht mét de mogelijkheid tot uitgroei. Dezelfde argumentatie dus als wordt gegeven bij de zienswijze welke uitgaat van het criterium: al dan niet derde-bezitter. Maar dan ook met dezelfde bezwaren, zoals hiervoor besproken.

Er zijn twee consequente manieren om art.1250 te beoordelen. Ofwel het standpunt innemen, dat het artikel een uitzonderingsregel inhoudt; dit doet Beekhuis.<sup>4</sup> Hij stelt dan ook dat er aan een algemene regel naar zijn mening geen behoefte bestaat op dit punt. Ofwel het standpunt innemen, dat art.1250 een algemene regel weergeeft, zoals Suijling en Van Oven.<sup>5</sup> In dit tweede geval zal men ook de verdere consequenties moeten trekken.

Tegenover het eerste standpunt staat de tendens welke spreekt uit art.3.9.4.15. van het Ontwerp-B.W., maar vooral ook hetgeen Meijers schrijft in de toelichting op dat nieuwe artikel.<sup>6</sup> Wat is immers het geval? Art.3.9.4.15. breidt de regel van art.1250 uit tot alle gevallen van vermenging. Het luidt neutraal en spreekt over '... Beperkte rechten ten tijde van het vestigen van de hypotheek ten bate of ten laste van het verbonden goed bestaande, maar later door vermenging tenietgegaan, herleven indien het goed aan een ander dan de oorspronkelijke rechtheb-

degenen aan wie het bezwaarde goed is overgegaan, en niet op hen die oorspronkelijk een goed voor een vreemde schuld hebben verbonden. Toch moeten volgens Sch. deze regels ook op de laatste categorie worden toegepast, wanneer niet aard of tekst van de bepaling zich er tegen verzet. Dit is bijv. het geval vlg. Sch. bij de artt 1244, 1245 en 1250. Hij zou dus de regel van 1250 niet toepassen bij schuldenaar/hypotheekgever op blote eigendom. Voorts op p.530, waar Sch. zegt, dat art.1250 een bijzondere bepaling is en er voorts alleen de inhoud van weergeeft.

1. Broekema in de Bundel Onroerend Goed, p.8 e.v.

2. Behoudens bij erfdiensbaarheden t b v het verbodene, daar is het de overdracht aan degene wiens goed met het zakelijk recht belast was.

3. In deze zin Asser-Van Oven, p 207. Over de n.m.m. volgende consequentie rept hij echter niet.

4. Asser-Beekhuis II, p.9; hij constateert dat vermenging niet ten nadele kan werken, maar misschien wel ten voordele? Voor een ontkenning kan vlg. Beekhuis art.1250 aanknopingspunt zijn en hij verwijst naar Suijling V, no. 313, die als gezegd ontkennend antwoordt. Maar vlg. Beekhuis is art.1250 uitzondering.

5. Suijling V, no.313; Asser-Van Oven, p 207

6. Toelichting, p.285.

bende wordt toegewezen'.<sup>1</sup> Het element derde-bezitter is dus verdwenen, evenals ieder onderscheid naar gelang de figuur bij wie de vermenging plaatsheeft, de schuldenaar/bloot-eigenaar/hypothekgever; de derde-bezitter/blooteigenaar/onderzetter, of degene die de verhypothekerde blote eigendom heeft verkregen, of de zakelijk gerechtigde.<sup>2</sup> En wat zegt nu de toelichting hierover? Eén korte zin<sup>3</sup>: 'Dit artikel beantwoordt aan art.1250 B.W.' Afgezien van de vraag welk standpunt Meijers inneemt in deze kwestie, moet toch ten aanzien van de ontwerper geconcludeerd worden, dat hij van mening is, dat art.1250 de toepassing is van een algemene regel<sup>4</sup> en geen uitzonderingsbepaling, althans geen uitzonderingsbepaling moet zijn. Daarom formuleert hij art.3.9.4.15. algemeen.

In ieder geval sluit art.3.9.4.15. aan op de hiervoor verdedigde mening, dat, wáár vermenging ook plaatsheeft, de gevolgen voor de hypothek, welke op de blote eigendom rust, dezelfde zijn. En die gevolgen zijn dan, wanneer men uitgaat van art.1250, wat de ontwerper doet, nihil. Geen uitbreiding van onderpand; de hypotheekhouder profiteert niet. Wij komen dus tot eenzelfde resultaat als Suijling, met dien verstande dat Suijling dit niet alleen voor hypothek enerzijds en zakelijke rechten anderzijds, doch voor alle zakelijke rechten verdedigt. Ons interesseert momenteel alleen de hypothek. Het resultaat is daarmee precies tegengesteld aan dat waartoe Pitlo in eerste instantie (p.124) komt.<sup>5</sup>

Wat moet nu de conclusie zijn voor het huidige recht, en waarom? Ik meen te mogen stellen, dat evenmin als het Ontwerp-B.W. dit doet, voor het huidige recht onderscheid gemaakt mag worden naar gelang de figuur in wiens handen de vermenging plaatsheeft. De gronden hiervoor zijn in het voorgaande uiteengezet. Een gelijk gevolg dus, dat staat voorop. Vervolgens zou men kunnen stellen: de regel van art.1250 is billijk en gewenst, dus voor de niet in art.1250 genoemde gevallen van vermenging moet hetzelfde gelden, en daarvoor kan men steun zoeken bij de ontwerper. Dit is echter geen doorslaggevend argument. Dat is wel te vinden in het feit dat vermenging een geheel aparte wijze van tenietgaan van zakelijke rechten is; het zakelijk recht gaat door vermenging niet altijd echt te niet; vermenging heeft een kunstmatig element. Zij veroorzaakt niet altijd een werkelijke dood, soms slechts een sluimer, namelijk indien er andere rechtsbelangen in het

1 Ter zijde zij opgemerkt, dat terecht de erfdienstbaarheden ook niet meer apart genoemd worden

2 Een algemeen geldend artikel over de gevolgen van vermenging t a v. eventuele andere zakelijke rechten op het betrokken goed geeft het O -B W. overigens evenmin als het huidige B W. Alleen bij hypothek komt vermenging ter sprake. Inderdaad is hypothek met de executiemogelijkheid uitzonderlijk. Vgl. Asser-Beekhuis II, p. 9, die een algemene regel niet nodig acht.

Wel is algemeen opgenomen in art. 3.4.1.2 O -B W. dat vermenging (en afstand) niet werken ten nadele van hen die op het tenietgegane beperkte recht op hun beurt een beperkt recht hadden.

N.B. Het valt op dat er op dit punt steeds uitbreiding valt te constateren in de tekst van de wet.

De Code handelde alleen over rechten ten laste en alleen in geval van overgang naar de derde-bezitter/zakelijk gerechtigde, het B W. spreekt over rechten t b.v. en t l v. alleen bij overgang naar de derde-bezitter/zakelijk gerechtigde, het O -B.W. spreekt over rechten t b.v. en t l v. bij 'vermenging' zonder meer.

3 Toelichting, p. 285

4 Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p. 9 betwijfelt de juistheid van de Toelichting. In zijn visie is deze twijfel terecht.

5 Zie noot 4, p. 69 en noot 2, p. 70

spel zijn. Is dit het geval, dan kan een herleven, liever nog: een ontwaken zich voordoen. De door vermenging ingetreden schijndood van het zakelijk recht gaat in dergelijke gevallen eerst over in een echt tenietgaan, indien een der andere gevallen van beëindiging zich voordoet, bijv. de afloop van de periode waarvoor het recht werd gevestigd.

Niemand zal durven beweren, dat een zakelijk recht gevestigd tot een bepaalde datum en vóór die datum tenietgegaan door vermenging, ingevolge art.1250 zal herleven als de verhypothekerde blote eigendom ná die datum wordt geëxecuteerd.

Vermenging is een door de wet gefingeerd tenietgaan, dat niet altijd volledig als tenietgaan wordt geaccepteerd. Bij gevallen waarin op de blote eigendom hypotheek is verleend mag vermenging niet gelijk gesteld worden met zuiver tenietgaan. De hypotheekhouder te wiens behoefte de blote eigendom verbonden is, zal slechts van de uitgroei van het onderpand kunnen profiteren wanneer het echte uitgroei betreft; deze treedt op bij zuiver tenietgaan van het zakelijk recht, daarvan is echter in deze bij vermenging geen sprake.

Beschouwt men de kwestie van uitbreiding van onderpand bij vermenging op deze wijze, vanuit de aard van de vermenging, dan wordt een logische en consequente oplossing verkregen, die ook bevredigt. Art.3.9.4.15. acht ik dan ook in principe juist.

### 3. RECHTEN TOT STAND GEKOMEN NA DE HYPOTHEEK

Spreken wij over rechten ontstaan ná de hypotheek, dan zal wederom het moment waarop de hypotheek wordt ingeschreven als criterium gelden. Achtereenvolgens komen aan de orde de persoonlijke rechten ten aanzien van hetzelfde goed verleend, en de zakelijke rechten op hetzelfde goed gevestigd, dat wil zeggen overgeschreven, na de inschrijving van de hypotheek.

Vóór de afzonderlijke behandeling verdient een kwestie de aandacht. Is het verlenen en vestigen van dergelijke rechten nog wel mogelijk nadat het betrokken goed met hypotheek is belast? Deze vraag is wel ontkennend beantwoord<sup>1</sup>, doch thans mag als heersend beschouwd worden de opvatting dat niets zich ertegen verzet.<sup>2</sup> Waarom ook zou het antwoord op deze vraag anders zijn dan dat op de vraag of hypotheekvestiging nog mogelijk is op een goed dat reeds met een zake-

1. Vgl. J.C.F. Meijer, De verhouding tussen hypotheek en later gevestigde zakelijke rechten, Prfs. Amsterdam 1884.

Vgl. ook Asser-Scholten p.283 bij bespreking van de vraag of vestiging van erfdienstbaarheden nog mogelijk is nadat het erf reeds belast is, vermeldt hij: 'Ten aanzien van hypotheek wordt getwijfeld'.

2. Vgl. Asser-Scholten, p.500 e.v. en Asser-Van Oven, p.162 e.v. die het beiden als—niet noodzakelijk te argumenteren—uitgangspunt nemen.

Vgl. ook H.R. 20-4-1900, W.7435 waar de H.R. conform de conclusie van P.G. Mr. C. Polis zegt '... dat toch uit het karakter van hypotheek als zakelijk recht op het goed zelf drukkend en tegen ieder geldend, volgt dat al moge na de vestiging daarvan de eigenaar zijn recht om beschikkingen ten aanzien van de zaak te maken, niet verliezen, hij dit niet anders kan uitoefenen, dan voorzoverre daardoor de oudere rechten van den hypotheekhouder niet verkort worden'

lijk genotsrecht is belast? Aan het antwoord daarop wordt ook niet getwijfeld. In geval van hypotheek zou men bovendien nog kunnen betogen, met betrekking tot latere genotsrechten, dat de hypotheek het genot van het gehele goed onaangetast laat, daarover heeft de hypotheekgever/eigenaar nog de beschikking. Slechts kunnen de rechten van de hypotheekhouder door die beschikking niet worden verkort en is uitwinning mogelijk, bij welke gelegenheid 'de hypotheekhouder het genot kan opeisen'. Zolang dit echter niet gebeurt, kan een andere (zakelijk) gerechtigde het genot hebben

De wet laat zich hieromtrent niet in een algemene regel uit. Wel zijn enige artikelen aan te wijzen waaruit de bevoegdheid, althans tot eigendomsoverdracht van, of tot vestigen van zakelijke rechten op, het verhypothekeerde goed kan worden afgeleid, en waarom zou hier niet kunnen gelden de regel, dat waar het meerdere—in casu eigendomsoverdracht en vestiging van zakelijk recht van vruchtgebruik—geoorloofd is, ook het mindere, verlening van een obligatoir (persoonlijk) recht, is toegestaan? Art. 1242 gaat ervan uit, dat verhypothekeerde eigendom kan worden overgedragen, uit art. 846 kunnen wij afleiden dat na de hypotheek nog een vruchtgebruik kan worden gevestigd, art. 1226 spreekt over meerdere hypotheeken op een goed, en bovendien, impliceert niet de bepaling van art. 1230 dat in principe het verbonden goed verhuurd kan worden! Slechts over de gevolgen van latere persoonlijke en zakelijke rechten wordt verschillend gedacht. De wet regelt deze kwestie alleen voor latere hypotheeken

#### a. Persoonlijke rechten

In de praktijk komt het nog al eens voor, dat met betrekking tot verhypothekeerd goed persoonlijke rechten worden verleend. Men denke slechts aan het sluiten van een koopcontract of het verlenen van een optie. Dat gebeurt dagelijks. De bedoeling is in dergelijke gevallen nagenoeg altijd, dat de betrokken goederen van de hypotheek ontlast zullen zijn of worden, zodra de levering plaats moet hebben. Ook komt het voor, dat persoonlijke gebruiksrechten worden verleend

Tenzij is overeengekomen, dat het niet zal zijn toegestaan dergelijke overeenkomsten te sluiten of dergelijke rechten te verlenen, zal de hypotheekhouder hiertegen geen bezwaar kunnen maken. Komt het echter tot uitwinning, dan zal hij deze rechten volledig *kunnen* negeren. Wat hem werd verbonden, *kan* hij executeren.<sup>1</sup> Met betrekking tot koopcontracten en koopopties wordt dit al heel duidelijk geacht, wanneer immers een uitgevoerde koopovereenkomst de hypotheekhouder niet verhindert het goed te executeren, dan zal zeker een nog niet uitgevoerde overeenkomst geen hinderpaal vormen. Deze argumentatie is voldoende om te stellen, dat executie mogelijk blijft onder de derde-bezitter; niet

<sup>1</sup> Vgl. Asser-Van Oven, p. 163/164 en met name p. 165, Asser-Scholten, p. 502, Schermer-Eggens, p. 28 en p. 170 e.v., Houwing W.P.N.R. 3827 en 4018, Hamaker W.P.N.R. 1504, H.R. 20-4-1900, W. 7435. Anders Diephuis 1848, V, p. 696 no. 1075, die beweert dat men niet kan negeren of laten vervallen althans wat betreft zakelijke rechten.

Zie ook H.R. 1-5-1964, N.J. 1955, 339 waar anders werd beslist voor hypotheek contra retentierecht. Bestreden door Asser-Van Oven, p. 165 en p. 244. Zie ook Cahen, R.M. Themis 1968, p. 130 e.v.

echter is het de juiste argumentatie voor de stelling, dat de hypotheekhouder zich niets aan de verkoop en levering gelegen laat liggen. De eigendomsrechten van de derde-bezitter worden immers erkend voor zover de hypotheek dat toelaat; als er een excedent is bij de executie, zal dat aan de geëxecuteerde toevallen.

In het algemeen zal de hypotheekhouder kunnen uitwinnen zonder de later verleende persoonlijke rechten te handhaven, zelfs zonder zich er iets aan gelegen te laten liggen. Slechts zou men kunnen discussiëren over de vraag of dit ook kan in de gevallen waarin de wet aan het betrokken recht, zoals bijvoorbeeld bij huur en pacht, een bijzondere bescherming verleent. Hieraan wordt een afzonderlijke bespreking gewijd.

Het doorslaggevende argument voor de algemeen geformuleerde bevoegdheid van de hypotheekhouder is de algemeen geldende regel dat een zakelijk recht een sterkere werking heeft dan een persoonlijk; deze regel geldt in zijn algemeenheid altijd, maar des te sterker wanneer bovendien, zoals hier, het zakelijke recht ouder is. De hypotheekhouder heeft op alle fronten het betere recht. De mogelijkheid om hier via de leerstukken van misbruik van recht, of onrechtmatige daad te concluderen tot een verplichting voor de hypotheekhouder rekening te houden met persoonlijke rechten die ten tijde van de vestiging van zijn recht nog niet bestonden, moet uiterst beperkt geacht worden.

Men kan zich echter voorstellen, dat een gedupeerde de stoute schoenen aantrekt en schadevergoeding vraagt van de uitwinnende hypotheekhouder die zijn recht heeft genegeerd, in een extreem geval dat deze van een accepteren van de persoonlijke rechten met voorzienbare zekerheid geen nadeel zou ondervinden. Mede gezien het belang, dat overeenkomstig de mening van de Hoge Raad in de hiervoor op p.58 ter sprake gekomen arresten van 3 januari 1964 en 17 november 1967 gehecht moet worden aan de kennis, welke aanwezig moet zijn vóór de verlening en vestiging, waarop de uitwinning steunt, moet welslagen van zulk een beroep nagenoeg uitgesloten worden geacht. Het zou de onrechtmatige daad reeds vlug buiten haar proporties laten groeien.<sup>1</sup>

Wil bij hoge uitzondering een dergelijk beroep kans van slagen hebben, dan zal in ieder geval voldaan moeten zijn aan de voorwaarde, dat de uitwinnende hypotheekhouder vóór de uitwinning zekerheid had, dat hij van de handhaving van het betrokken recht geen enkele schade zou ondervinden.

Daarom zal men over het algemeen niet verder mogen gaan dan een concurrente schadevergoedingseis door degene wiens persoonlijk recht ten gevolge van de uitwinning niet meer zuiver gehonoreerd kan worden, tegen hem die het persoonlijke recht verleende, althans voorzover de tussen hen bestaande contrac-

1 Van Opstall W.P.N.R.4919/4926 n.a.v. de preadviezen C.N 1966 van Maeijer en Smalbraak, meent dat de opvatting van de laatste wel tot o.d. zou leiden in een dergelijke situatie. Diephuis 1848, V, p 696 no.1075 draait de kwestie helemaal om en stelt de eigenaar aansprakelijk t.o.v. de hypotheekhouder als deze nadeel ondervindt van door hem gevestigde of verleende rechten. Over de vraag hoe de koper in veiling gebonden is laat hij zich daar niet uit. Asser-Van Oven, p.165 kent de gedupeerde slechts een vordering uit wanprestatie toe

tuele verhouding dit met zich brengt.<sup>1</sup> Men dient dus in ieder geval in het persoonlijke, concurrente vlak te blijven; verder mag men niet gaan.

Een weg als bijv. in art.3.9.4.12. in het voetspoor van Suijling bewandeld wordt voor het geval dat door de executie een na de hypotheek gevestigd zakelijk recht komt te vervallen, mag hier niet gevolgd worden. Dit zou onjuist zijn, ook wanneer de hypotheekhouder geenszins te kort wordt gedaan. De beperking welke art.3.9.4.12. aanlegt is juist, de regel dient beperkt te blijven tot de zakelijke, zo men wil beperkte, rechten. Bovendien zou honorering van na de hypotheek verleende persoonlijke rechten op een dergelijke wijze wel merkwaardig zijn in vergelijking met ons oordeel over de persoonlijke rechten verleend vóór de hypotheek.

Van de regel dat zakelijke rechten prevaleren boven persoonlijke rechten en de regel, dat persoonlijke rechten in principe concurrent zijn, mag slechts bij uitzondering worden afgeweken. Het mag dan zo zijn, dat de literatuur en jurisprudentie in bepaalde gevallen met gebruikmaking van de artt.1401 en 1377 en zelfs met het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak<sup>2</sup> persoonlijke rechten een bescherming geven als hadden zij een zakenrechtelijke inslag, om dan de regel 'qui prior est tempore, potior est jure' te laten prevaleren boven de stelling, dat zakelijk sterker werkt dan persoonlijk, alsmede boven de regel, dat persoonlijke rechten concurrent zijn; dit alles moet beperkt blijven tot jurisprudentierecht voor uitzonderingsgevallen.

## b. Zakelijke rechten

Ook tot het vestigen van zakelijke rechten blijft de eigenaar van een hypothecair verbonden goed gerechtigd.

Met betrekking tot deze na de hypotheek gevestigde zakelijke rechten zijn extreme standpunten verdedigd. Het ene uiterste vormt Diephuis<sup>3</sup>, die na de constatering dat de bevoegdheid tot vestigen volledig in stand blijft—de beschikingsbevoegdheid wordt immers niet ontnomen, zo stelt hij—vervolgens stelt, dat later gevestigde zakelijke rechten ook volledig in stand blijven bij executie. Het is niet juist te stellen, dat de later gevestigde zakelijke rechten volledig blijven bestaan, om dan de consequenties die hieruit voor de hypotheekhouder kunnen voortvloeien, op te lossen door hem met een beroep op art.1251 schadevergoeding toe te kennen, zoals Diephuis doet. Afgezien nog van de vraag of art.1251 naast het geval van schade door feitelijk handelen, ook 'juridische' daden als het vestigen van zakelijke rechten omvat en voorts of het ook geldt voor anderen dan derde-bezitters. Keert Diephuis de zaken niet om? Het eerdere zakelijk recht, in

1. Asser-Van Oven, p.168 beperkt zich in alle gevallen hiertoe.

2. Vgl. Meijers Alg. Begr., p.273 e.v. Hij duidt de artt.1401 en 1377 aan als mogelijkheden waardoor contractuele rechten een zekere absoluutheid krijgen. Zie ook Cahen, R.M. Themis 1965, p.473 en Pitlo, Bundel Onroerend Goed, p.231 e.v.

3. Diephuis 1848, V, p.696 in het kader van derdenbezit. Vgl. ook Diephuis VI, p.539. Dat Diephuis dit ook aanneemt voor andere zakelijke rechten dan erfdiensbaarden en ook voor anderen dan derde-bezitters neem ik aan met Asser-Scholten p.502 en Schermer-Eggens, p.171 noot 1.



casu de hypotheek, gaat vóór het latere; er is geen enkele reden om aan de rechten van de hypotheekhouder te tornen.

Gelijk vermeld bij de bespreking van de persoonlijke rechten, heeft de hypotheekhouder het recht om hetgeen te zijnen behoeve werd verbonden ook uit te winnen. Wanneer Diephuis zich eenzijdig laat leiden door de overweging, dat de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar niet verloren gaat, hecht hij teveel waarde aan het feit dat de hypotheek geen genotsrecht is. Op het moment van uitwinning wordt er wél een beroep gedaan op het genot. Het is niet de vraag wat er met de gedupeerde hypotheekhouder moet gebeuren; de vraag kan hoogstens zijn: hoe moet de gedupeerde later-zakelijk gerechtigde schadeloos worden gesteld?

De moeilijkheid ecarteren door in het andere uiterste te vervallen en te beweren, dat door de vestiging van de hypotheek het recht om verdere zakelijke rechten te vestigen teloor gaat<sup>1</sup>, is evenzeer onjuist. Hiervoor is aangegeven op welke gronden aangenomen moet worden dat dit recht niet verloren gaat.

Men zou voor de zakelijke rechten op dezelfde wijze kunnen redeneren als voor de persoonlijke en stellen: bij uitwinning kan de hypotheekhouder later gevestigde zakelijke rechten laten vervallen met geen ander gevolg, dan dat de ex-zakelijk gerechtigde op degene die hem het recht verleende een concurrente schadeclaim krijgt. Het zou erop neerkomen, dat het latere zakelijk recht gelijk staat met het latere persoonlijke recht.<sup>2</sup>

1. J.C.F. Meijer, De verhouding tusschen hypotheek en later gevestigde zakelijke rechten. Prfs. Amsterdam 1884.

2. Naast de twee extreme standpunten van enerzijds Diephuis en anderzijds Meijer, zijn nog meerdere tussenstandpunten ingenomen.

Scholten vermeldt in de 8e druk van de Asser-Scholten, p.502, dat de door hem in de 4e druk aangelegde beperking van het recht van de hypotheekhouder om nietigheid in te roepen van later gevestigde zakelijke rechten, in die zin dat dit alleen zou kunnen wanneer die hypotheekhouder door die rechten zou worden geschaad, onhoudbaar is. Twee argumenten: praktische onuitvoerbaarheid en geen redelijke grond; het laatste argument weegt zwaarder nog dan het eerste. Omtrent de vraag welke rechten de gedupeerde zakelijk gerechtigde heeft laat Sch. zich niet uit. Vgl. met Scholten in 4e dr.: Land III p.382. Evenals Scholten in 8e druk. Hamaker W.P.N.R.1504 en H.R.20-4-1900 meergemeld.

D. van der Goot, De verhouding tusschen hypotheek en later gevestigde zakelijke rechten, Prfs Groningen 1880, laat door de naar zijn mening aanwezige—stilzwijgende—ontbindende voorwaarde het zakelijk recht vervallen bij de executie. Hiermede is de vraag naar al dan niet kunnen laten vervallen als ook de vraag naar schadevergoeding de pas afgesneden.

Eggers in Schermer, p.170 e.v. en o.a. in W.P.N.R.2986 (in Schermer citeert hij zijn bekende Themis artikel over huur uit 1921) stelt dat jongere rechten nietig zijn t.o.v. de hypotheekhouder, deze kan ze negeren bij executie. De ex-zakelijk gerechtigde kent hij schadevergoeding toe. Hij verwerpt de mening van Meijer en acht Van der Goot nodeloos ingewikkeld en bovendien onjuist. De mening van Hummel, Prfs. Leiden 1886—die in het voetspoor van een toenmalige Duitse wet meent dat executie mét alle zakelijke rechten moet geschieden om, wanneer dit niet voldoende oplevert, achtereenvolgens rangsgewijs zóveel zakelijke rechten te laten vervallen als nodig is om de betrokken executant te voldoen (vgl. Scholten in Asser 4e dr.)—achtte Eggers praeter en ook contra legem, maar voor het ius constitutum het meest eenvoudig (!!!! Scholten zegt terecht: onuitvoerbaar) en billijk (ook zeer aanvechtbaar). Vgl. ook noot 2 op p. 172

Vgl. ook Houwing W.P.N.R.3827 Hypotheekhouder kan latere zakelijke rechten negeren. W.P.N.R. 4018 idem voor een geval van 'scheiding' na hypotheekvestiging in blote eigendom en vruchtgebruik. Suijling en Van Oven tenslotte (zie hierna noot 1, p.81) vertolken de mening welke ik voor juist houd en overeenkomt met het Ontwerp-B.W. op dit punt.

Voor de bevoegdheid van de uitwinnende hypotheekhouder de na de totstandkoming van zijn recht gevestigde zakelijke rechten te negeren kan eenzelfde argumentatie gegeven worden als voor het recht de later verleende persoonlijke rechten te negeren. Met dien verstande dat hier niet gesteld kan worden, dat de hypotheek naar haar aard sterker werkt dan de latere zakelijke rechten, zoals dit bij de persoonlijke rechten wél het geval was. De rangorde onder de zakelijke rechten onderling, kan wel als argument gehanteerd worden.

Zal dus het latere zakelijke recht bij uitwinning kunnen worden genegeerd en dan vervallen<sup>1</sup> evenals het latere persoonlijke, er zijn een aantal redenen, welke ervoor pleiten voor de verdere afwikkeling een andere weg te bewandelen, dan bij de persoonlijk gerechtigden, die met een concurrente vordering tot schadevergoeding genoeg moeten nemen. De zakelijk gerechtigde op eenzelfde wijze behandelen, doet geen recht wedervaren aan de aard van het—weliswaar vervallen—zakelijk recht en is theoretisch, noch praktisch noodzakelijk. Welke zijn deze redenen?

1. Wij bevinden ons in de zakenrechtelijke sfeer. De zakelijke rechten, uiteraard ook die gevestigd na de hypotheek, kenmerken zich door een element van prioriteit; zij zijn niet naar hun aard concurrent, noch als groep, noch onderling. In hoeverre die prioriteit zich uitstrekt, is nauwkeurig bepaald. Zij heeft immers betrekking alleen op het goed waarop het zakelijk recht is gevestigd. *Daarbuiten* is van geen prioriteit sprake. Maar er is geen reden niet te trachten de prioriteit op enigerlei wijze te handhaven zolang wij *binnen* die grens blijven, ook al is dan het object, het uitgewonnen goed omgezet in iets anders nl. de opbrengst in veiling. Is het juist, of misschien om een of andere reden noodzakelijk, zolang deze grens niet wordt overschreden slechts een concurrente vordering tot schadevergoeding in de plaats te doen treden van het zakelijk recht, indien dit vervalt? Ik meen van niet.

2. De wet zelf geeft een voorbeeld door de wijze waarop zij de latere volle eigenaar (derde-bezitter) behandelt in geval van uitwinning. Wanneer het verhypothekerde goed ingevolge verkoop of krachtens enige andere titel wordt overgedragen in eigendom, zal de hypotheek erop blijven rusten en bij uitwinning zal het eigendomsrecht van de 'derde-bezitter' vervallen. Wel honoreert de wet zo veel mogelijk de rechten van de geëxecuteerde, dat wil zeggen met aan de ene zijde als begrenzing de volledige handhaving van het recht van de hypotheekhouder: uitwinning van het volledige onderpand, en aan de andere zijde als begrenzing de waarde van het goed omgezet in geld. Het eigendomsrecht gaat teloor, maar voor het excedent van de executie-opbrengst na aftrek van de hypothecaire vordering, gaat de eigenaar vóór alle anderen (art. 1249). Is er een doorslaggevende reden om degene die ingevolge een na de hypotheek gevestigd zakelijk recht gerechtigd is voor een gedeelte van die eigendom, anders te behandelen?

1. Een erfdiensbaarheid ten laste van het onderpand ontstaan door verjaring aangevangen vóór, maar voltooid ná de hypotheekvestiging, zal het goed aankleven, bij uitwinning. Een erfdiensbaarheid na de hypotheek tot stand gekomen ten behoeve van het onderpand zal eveneens bij uitwinning mee overgaan

3. De wet geeft ook een voorbeeld van een later zakelijk recht, dat binnen de sub 2 aangegeven grenzen zo volledig mogelijk wordt gehonoreerd en naar rang behandeld. Ik doel op de op het verhypothekerde goed verder nog gevestigde hypotheek.<sup>1</sup> Deze tweede hypotheek wordt gevestigd met volledige eerbiediging van het recht van de eerste hypotheekhouder, maar wanneer het recht van de tweede hypotheekhouder bij een uitwinning vervalt, behoeft hij geen genoeg te nemen met een concurrente vordering. Binnen de grens van de waarde van het verbonden goed heeft hij voorrang.<sup>2</sup>

De aard van het hypotheekrecht als zekerheidsrecht, dat gericht is op het onderpand als waarde-object<sup>3</sup> en niet direct op het onderpand als genotsobject—met opzet spreek ik hier van niet 'direct', omdat bij executie toch de 'genots-capaciteit' de waarde vormt—maakt, dat een dergelijke gang van zaken voor de hand ligt. Vergelijk hetgeen in hoofdstuk II is opgemerkt over de crediteurenpreferentie. Bovendien: de werking van het hypotheekrecht, dat door omzetting van het onderpand in waarde tot realisering komt, maakt het praktisch op een zeer eenvoudige manier mogelijk de verdere hypotheeken te honoreren zover de waarde strekt.

Men kan zich voorstellen, dat dit zodanig voor de hand ligt en dat bij hypotheek zozeer het element zekerheidsrecht (dat de hypotheek *onderscheidt* van de andere zakelijke rechten) heeft gespeeld met voorbijgaan op dit punt aan het element zakelijk recht (dat de hypotheek *gemeen* heeft met de andere zakelijke rechten) dat de wetgever alleen voor verdere hypotheeken een regeling geeft en zich niet uitlaat over verdere zakelijke rechten.

Bovendien mag men aannemen, dat bij de totstandkoming van onze wettelijke regeling waarschijnlijk nauwelijks is gedacht aan zakelijke genotsrechten op een reeds met hypotheek belast goed, en al zeker zal de wetgever er niet aan gedacht hebben zijn regeling op dit stuk af te stemmen op iets anders dan de crediteuren-rang. Dit kwam in hoofdstuk II ter sprake.

Maar, zo kan men zich afvragen, is het onderscheid tussen zakelijke zekerheidsrechten en zakelijke genotsrechten zodanig, dat dit een verschillende behandeling bij het vervallen van die rechten rechtvaardigt? Naar mijn mening niet.

1. Vgl. de formulering van Eggens in Schermer, p.28 '.... Niet daarmede in strijd is een tweede, die juist bedoelt achter de eerste hypotheek te komen ...' en Suijling V, no. 497, p.502 (zie ook nos.311 en 504) 'dat op de verhypothekering een belasting met vruchtgebruik is gevolgd, doet daarentegen (d.i. in tegenstelling tot voorafgaande zakelijke rechten R.) niet ter zake. Ondanks ... mag de hypotheekhouder ... toch als vrij van vruchtgebruik of erfpacht uitwinnen.' En verder: 'Ten opzichte van de op het geëxecuteerde goed drukkende hypotheeken geldt 'een afwijkende regeling'

2. Is de grondgedachte hier niet: de le hypotheekhouder mag geen schade lijden maar tevens moet de opvolgend zakelijk gerechtigde zo veel mogelijk gerespecteerd worden. Ligt niet eenzelfde idee ten grondslag aan Scholten 4e dr. c.s.: de hypotheekhouder moet later zakelijke rechten accepteren en mag pas de nietigheid inroepen als hij schade zal lijden. De praktische uitvoerbaarheid ontbreekt vgl. Sch. echter en bovendien acht hij het onjuist de hypotheekhouder niet volledig vrij te laten. Het laatste ben ik met hem eens, maar met handhaving van volledige vrijheid voor de hypotheekhouder is het mogelijk om toch de latere zakelijk gerechtigde naar rang en stand te respecteren.

3. Vgl. Scholten in Asser-Scholten, p.283. Hypotheek rust op goed als voorwerp van waarde, andere zakelijke rechten op goed als voorwerp van gebruik.

Gezien de hier aangegeven punten komt het theoretisch juist voor en lijkt het op zijn minst genomen billijk niet alleen de latere hypotheekhouder, doch ook de latere zakelijk genotsgerechtigde wiens recht bij de uitwinning komt te vervallen, op enigerlei andere méér met de aard van zijn recht overeenkomende wijze te behandelen, dan degene die een later persoonlijk recht had.

Zonder te kort te doen aan de volledige rechten van de voorgaande hypotheekhouder, biedt een systeem van rangregeling en zuivering de mogelijkheid om de gewenste behandeling te realiseren.

Het meest eenvoudige en heldere systeem lijkt mij om bij een uitwinning het volledige goed, zoals het ten behoeve van de hypotheekhouder werd verbonden, te verkopen; alle zakelijke rechten in rang achterstaande bij dat van de hypotheekhouder te laten vervallen, en aan hen wier recht aldus is vervallen een vordering tot schadevergoeding toe te kennen ter grootte van de geschatte waarde van het vervallen recht, en bevoorrecht op de opbrengst van het uitgewonnen goed naar dezelfde rang als het vervallen recht had.<sup>1</sup> Zij komen dus vanzelf achter de executant en bovendien blijft hun voorrecht beperkt tot de opbrengst van het goed. Is die opbrengst ontoereikend, dan zal voor het niet gehonoreerde deel van de schadevergoeding geen voorrang meer bestaan; immers de basis voor die voorrang is dan 'verbruikt'.<sup>2</sup> Vandaar dat de wet nu voor hypotheeken *zuivering* mogelijk maakt<sup>3</sup>, of anders gezegd: verval van het latere recht voorzover er geen voorrang meer kan zijn.<sup>4</sup>

Een punt vraagt nog de aandacht. Er is gesproken over schadevergoeding bij voorrang verhaalbaar op de opbrengst van het uitgewonnen goed. De objectieve schade, overeenkomende met de objectieve waarde van het vervallen recht, komt hiervoor in aanmerking.

Mocht het latere zakelijk recht verleend zijn onder de ontbindende voorwaarde van uitwinning, dan is voor een dergelijke schadevergoeding uiteraard geen plaats. De gestelde voorwaarde wordt door de uitwinning vervuld en dus eindigt het recht; de zakelijk gerechtigde heeft het volle pond ontvangen, schade lijdt hij niet. Dat een ontbindende voorwaarde geacht zou moeten worden bij de vestiging van zakelijke rechten op een reeds hypothecair verbonden onroerend goed stil-

1. In deze zin zoekt ook Suijling, V, no 504 de oplossing, ook voor het huidige recht. Asser-Van Oven, p 164 citeert hem met instemming, het is echter niet geheel duidelijk of Van Oven dit ook zo algemeen als Suijling wil toepassen en reeds voor het huidige recht—zonder wetswijziging dus— Vgl. ook Broekema, *Bundel Onroerend Goed*, p 12, *Ontwerp-1929* met andere regeling waartegen Meijers in W.P N.R.3156 bij bespreking van de Preadviezen N.J.V. 1930 van Leopold en Hoorweg

2. De hypotheek gaat door verhaal teniet Aldus terecht Asser-Van Oven, p 169. Anders: Asser-Van Oven, p.226 zie ook Scheltema, *preadvies Not 1934*, p 232

3. Kleijn, W P.N R.5080, stelt dat uit het feit dat voor hypotheeken zuivering wordt geregeld in de wet volgt, dat de andere zakelijke rechten welke bij de hypotheek achterstaan bij uitwinning vervallen

4. Het beding van niet-zuivering, zou ter voorkoming van zuivering bij willige verkoop niet noodzakelijk moeten zijn. *Deze* mogelijkheid van zuivering zou in het geheel niet moeten bestaan. In die zin terecht Asser-Van Oven, p.178 waar hij zich ook terecht keert tegen de Bruijn, W P N.R.4833, die het ongewenst acht de mogelijkheid te openen dat ook lagere hypotheekhouders het beding van niet-zuivering maken

zwijgend te zijn opgenomen, zoals wel is beweerd<sup>1</sup>, kan niet beaamd worden. Een dergelijke voorwaarde is niet zonder meer aanwezig; het hangt van de betrokken onderliggende overeenkomst af of zij aanwezig is.

Of de zakelijk gerechtigde, die zijn recht teloor ziet gaan indien de hypotheekhouder het bij de uitwinning negeert, afgezien van de zojuist genoemde objectieve schade, ook nog subjectieve schade lijdt, is een verdere vraag. Hierbij valt te denken bijvoorbeeld aan een erfpacht, waarbij een reële canon is bedongen. De objectieve waarde zal in dit geval niet groot zijn, de objectieve schade welke geleden wordt, indien het recht niet wordt gerespecteerd evenmin; met het recht vervalt ook de verplichting tot canonbetaling, actief- en passiefkant verminderen objectief gezien in vrijwel gelijke mate. De subjectieve schade kan echter aanmerkelijk zijn.

Mede aan de hand van de overeenkomst welke aan de vestiging van het zakelijk recht ten grondslag ligt, zal moeten worden uitgemaakt, of ook nog subjectieve schade wordt geleden, en zo ja, hoe groot die schade is. Deze subjectieve schade zal echter niet bij voorrang op de opbrengst van het uitgewonnen goed verhaalbaar zijn. De kwaliteit zakelijk recht welke de reden was om bevoorrechtiging van de schadevergoeding aan te nemen, heeft hier geen invloed. Een eventuele vordering tot vergoeding van subjectieve schade zal normaal concurrent zijn.

Het is mogelijk, in de voorgestelde regeling alle latere zakelijke rechten op een bevredigende manier te verwerken, eventueel met inbegrip van latere hypotheeken, zonder voor die laatste categorie een aparte regeling te scheppen, die trouwens toch op hetzelfde zou moeten neerkomen.

Het is een dogmatisch zuiver en praktisch goed uitvoerbaar systeem dat het rechtsgevoel bevredigt. Het dient thans reeds te worden aanvaard in zoverre dat zakelijke rechten welke bij uitwinning vervallen, omdat zij door de hypotheekhouder worden genegeerd, op de voorgestelde wijze in een rangregeling en zuivering worden betrokken. Dat niet zonder meer alle op het uitgewonnen goed rustende zakelijke rechten welke bij het recht van de hypotheekhouder achterstaan, bij uitwinning vervallen en dat dus het voorgestelde systeem nog slechts toepasselijk is *voorzover* die rechten vervallen, is daaraan toe te schrijven, dat de hypotheekhouder bij uitwinning niet volledig van zijn rechten gebruik behoeft te maken. Hij kan integraal uitwinnen, verplicht is hij dat niet. Bij de bespreking van de rechten van de hypotheekhouder bij uitwinning komt dit nader aan de orde.

Een regeling zoals die naar de letter van het huidige B.W. geldt, impliceert een niet te rechtvaardigen onderscheid tussen hypotheeken enerzijds en zakelijke genotsrechten anderzijds. De juiste oplossing komt neer op een uitbreiding van de toepassing van het huidige systeem van rangregeling en zuivering, nadat dit is vereenvoudigd en gestroomlijnd, zoals het Ontwerp-B.W. dit op meerdere principiële punten reeds doet. Een uitbreiding van de toepassing in die zin, dat het zich ook uitstrekt over de zakelijke genotsrechten.

1. Van der Goot, Prfs. Groningen 1880.

Tot welk een verwarring en moeilijkheden een toepassing van de huidige regeling, strikt naar de letter van de wet genomen, leidt, mag bekend verondersteld worden. Ter illustratie volgen hier echter twee van de meest sprekende gevallen, welke ook in de literatuur naar voren komen.<sup>1</sup>

Vooreerst de positie van de zakelijk genotsgerechtigde, wiens recht is gevestigd ná een eerste, doch vóór een tweede hypotheek.

Wat is zijn lot als de eerste hypotheekhouder onbelast goed executeert en rangregeling gevraagd wordt? Voor de zakelijk genotsgerechtigde is daar geen plaats; hij valt er tussenuit en moet genoegen nemen met een concurrente vordering tot schadevergoeding. Zonder dat zijn toestemming is verkregen zal de achter hem gerangschikte tweede hypotheekhouder op hem voorgaan; de aanvankelijke rangorde wordt verstoord. Wat hem overkomt is erger dan een 'gedwongen rangwisseling'. Immers niet alleen zal de tweede hypotheekhouder bij de rangregeling op hem voorgaan, als hadden zij van plaats gewisseld, maar hem resteert zelfs in het geheel geen bevoorrechte positie. Gezien de kwaliteit van zijn recht: notoir onbillijk. Degene die hier bevoordeeld wordt, is overigens niet in de eerste plaats de eigenaar van het goed, maar de tweede hypotheekhouder die toch volgens de regels van het zakenrecht de zakelijk-genotsgerechtigde had te respecteren!

De grondoorzaak van de verstoring in de rangorde, welke het gevolg is van de overigens gerechtvaardigde handelwijze van de eerste hypotheekhouder, is gelegen in het onzuiver werkend systeem van rangregeling en zuivering. Met een zuiver werkend systeem zoals hiervoor bepleit en in principe reeds voor het huidige recht aanvaard, zal dit probleem zich niet voordoen. Is derhalve voor het huidige recht voor dit geval een bevredigende oplossing te geven, moeilijker is de positie van een tweede hypotheekhouder, indien na hem nog een zakelijk recht op het onderpand is gevestigd en de eerste hypotheekhouder, omdat hij denkt er toch 'ruim uit te springen', dat zakelijk genotsrecht accepteert en het bij de executie niet laat vervallen.

Indien en voorzover de opbrengst van het mét zakelijk recht belaste goed niet voldoende is om eerste én tweede hypotheekhouder te bevredigen, zou het kunnen zijn, dat de tweede hypotheekhouder ingevolge rangregeling en zuivering genoegen moet nemen met verval van de prioriteit van zijn vordering voor het gedeelte dat niet uit de opbrengst kan worden voldaan. Hier wordt de tweede hypotheekhouder, die toch een beter recht had dan de na hem komende zakelijk gerechtigde, onbillijk benadeeld.

Ook in dit voorbeeld is de rangorde verstoord door toedoen van de eerste hypotheekhouder, echter geheel anders en minder eenvoudig op te lossen. Immers ten gevolge van de acceptatie zal het zakelijk recht op het onderpand rusten en komen wij wat dat recht betreft niet aan rangregeling toe. Hier is nog iets meer nodig dan het voorgestelde systeem; daarnaast zal een dergelijke acceptatie onmogelijk moeten zijn of gebonden aan toestemming van de tussenliggende gerechtigde, in

1. Vgl. Pitlo, p.417 en Asser-Van Oven, p.163/4. De laatste geeft ook de twee genoemde voorbeelden.

casu de tweede hypotheekhouder. In het laatste hoofdstuk wordt aan dit geval nader aandacht geschonken.

### c. Het Ontwerp-B.W. op dit punt

Het Ontwerp-B.W. komt aan de geuite wensen voor een groot deel tegemoet. De belangrijkste principes voor een juiste regeling van de rangregeling, en—zoals hierna nog zal blijken—ook voor een goede regeling van de rangwisseling, zijn erin neergelegd. Consequent en strak uitgewerkt zijn zij echter nog niet, met name worden hypotheeken en andere beperkte rechten nog te veel afzonderlijk—en mede daardoor niet gelijk—behandeld.

Voor het onderhavig onderwerp is art.3.9.4.12. het meest van belang. Daarin wordt hem wiens beperkt recht bij uitwinning is vervallen, een schadevergoeding toegekend, welke naar de rang van het vervallen recht verhaalbaar is op de executie-opbrengst.

Hoe de schadevergoeding moet worden vastgesteld en of, zoals hiervoor besproken, een onderscheid moet worden gemaakt tussen subjectieve schade die niet en objectieve schade die wél bij voorrang verhaalbaar is, blijkt niet. Bij dit punt heeft de Ontwerper misschien niet stilgestaan. Overigens laat de tekst van het artikel ruimte dit onderscheid aan te brengen; er wordt slechts gesproken over een vordering tot schadevergoeding.

Dat het in de regeling van het Ontwerp-B.W. de bedoeling is, dat álle zakelijke rechten welke achterstaan bij dat van de uitwinnende hypotheekhouder—voor toestemming of acceptatie vooraf door de hypotheekhouder, men zou ook kunnen zeggen: voor 'rangwisseling', gelden aparte regels—bij uitwinning vervallen, kan worden afgeleid uit het bepaalde in lid 1 van art.3.9.4.12. Vooral echter de Toelichting duidt daarop<sup>1</sup>, waar het heet: 'In lid 1 is bepaald dat de hypotheekhouder uitdrukkelijk toestemming moet hebben gegeven, wil degene, die na de vestiging van de hypotheek een ander beperkt recht dan hypotheek heeft verkregen, dit recht niet verloren zien gaan.' Verder moet in dit verband gewezen worden op art.3.9.4.21. lid 1 waar is vermeld, dat bij overlegging van bewijsstukken dat de verkoop in overeenstemming met de voorschriften heeft plaatsgehad, de President van de Rechtbank de koper een verklaring verstrekt dat jongere hypotheeken en andere beperkte rechten zijn vervallen. Overigens zou in dit verband met het feit, dat 'rangwisseling', althans rangwijziging, wordt geregeld in de artt.3.9.4.6. en 12 beter gesproken kunnen worden van: hypotheeken en andere beperkte rechten die bij het recht van de uitwinnende hypotheekhouder 'achter staan' in de plaats van over 'jongere' rechten.

De mogelijkheid om bij gelegenheid van de uitwinning een later zakelijk recht te accepteren door het niet te negeren maar te laten bestaan, is door de regeling in het Ontwerp-B.W. terecht afgesneden. Acceptatie moet vooraf plaatshebben.

1. Toelichting p.285.

Dat het verhaal van de bedoelde bevoorrechte schadevergoeding moet plaatshebben in het kader van de rangregeling is nergens met zoveel woorden te lezen, maar lijkt mij zonder meer duidelijk. Daarom moet ook de beperkt gerechtigde wiens recht bij de uitwinning verviel, het recht hebben rangregeling te vragen. Of art.3.9.4.17. hem dat recht verleent is hoogst dubieus; er worden vier groepen genoemd: de schuldenaar, degene wiens goed verkocht is, de hypotheekhouders en 'de in het derde lid van het vorige artikel genoemde schuldeisers'. Slechts tot de laatste categorie zou de beperkt gerechtigde gerekend kunnen worden. Aannemelijk is dit echter niet. De tekst van art.3.9.4.16. lid 3 waar een nevenstelling staat en gesproken wordt over: '... is een jonger ander beperkt recht ingeschreven, of heeft een schuldeiser beslag op het goed of de koopprijs gelegd...' wijst in een andere richting. Beter ware het de beperkt gerechtigde uitdrukkelijk te vermelden in art.3.9.4.17.<sup>1</sup>

#### d. Slotopmerking voor het huidige recht

In dit hoofdstuk is telkens gesproken over de bevoegdheid van de uitwinnende hypotheekhouder latere rechten te negeren, ofwel over het recht om de nietigheid van de latere rechten in te roepen. Afgezien van de vraag of het juist is te spreken over het inroepen van 'nietigheid', is de vraag gerechtvaardigd of wij hier wel te doen hebben met een bevoegdheid tot negeren of vernietigen, of dat een uitwinning zonder meer negatie of vernietiging impliceert. Anders gezegd: verkoopt de uitwinnende hypotheekhouder het goed zoals het hem werd verbonden, of heeft hij de bevoegdheid dit te doen; *mag* hij het, maar *behoeft* hij het niet?

Dit maakt een belangrijk verschil. In het eerste geval heeft de hypotheekhouder geen keus; wint hij het goed uit, dan ook zoals het hem werd verbonden. In het tweede geval kan hij in principe latere rechten laten bestaan of doen voortbestaan.

In de literatuur krijgt men soms de indruk dat naar believen het ene of het andere wordt voorgestaan. Hier zij slechts gewezen op enkele passages in de Asser-bewerking door Van Oven. Op p.163 heet het 'Oefent hij (de hypotheekhouder. R.) zijn recht van verhaal uit, dan is het op het object zoals het was bij de vestiging van hypotheek', als stelt Van Oven zich op het standpunt, dat er geen andere mogelijkheid bestaat. Op p.164 lezen we echter: '... de mogelijkheid bestaat echter, dat de eerste hypotheekhouder er geen belang bij heeft de nietigheid... in te roepen', als zou de hypotheekhouder de keus hebben. Op p.165 wordt ten aanzien van de op obligatoire basis verleende bevoegdheden gezegd: '... zo zal de hypotheekhouder die tot executie wil overgaan zich niets *behoeven* aan te trekken...'. Op p.170 stelt Van Oven aangaande latere zakelijke rechten: '... van deze rechten *kan*... de executerende hypotheekhouder de nietigheid inroepen'. Op p.173 wordt naar aanleiding van de vraag of een verbod van cessie huurpenningen zin heeft opgemerkt: 'Hier vindt dus het beginsel, dat het bezwaarde goed door de execu-

1 Eenzelfde omissie treft men aan in art.3.9.4.16 lid 4.



terende hypotheekhouder ten verkoop wordt aangeboden... in dezelfde staat, waarin het zich ten tijde van het vestigen van de hypotheek bevond, onverkort toepassing'.

Indien het niet absoluut inherent is aan uitwinning, dat wordt verkocht wat werd verbonden, kan vervolgens de vraag worden gesteld hoe de hypotheekhouder bij uitwinning dient te handelen wil hij de latere rechten negeren, respectievelijk respecteren. Op deze vragen wordt in hoofdstuk V terug gekomen.

Vervolgens komt in hoofdstuk VI nog ter sprake de zojuist aangeroerde kwestie welke zich voordoet als de uitwinnende hypotheekhouder een zakelijk recht, dat niet alleen bij zijn eigen recht, doch ook bij dat van de tweede hypotheekhouder achter staat, laat bestaan.

## IV. Hypotheek en Huur

In het vorige hoofdstuk is niet gesproken over de verhouding tussen hypotheek en huur. Daaraan wordt in dit hoofdstuk aandacht geschonken.

Nergens laat het B.W. zich expliciet uit over rechten gevestigd of verleend ten laste van het hypothecair verbonden onderpand. Alleen in het geval dat er sprake is van verhuring van het onderpand, acht de wetgever het noodzakelijk, bescherming van de hypotheekhouder mogelijk te maken door een aparte wetsbepaling, nl. art.1230. Waarom werd deze bepaling noodzakelijk geacht en wat is precies haar doel?

Vragen wij naar de noodzaak voor de hypotheekhouder zich te kunnen wapenen tegen verhuur van het te zijnen behoeve verbonden onroerend goed, dan vragen wij vanzelf naar de werking van de huur. Deze laatste is wat dit punt betreft geregeld in art.1612. In art.1230 geeft de wetgever het noodzakelijk geachte afweermiddel. Welke is de geschiedenis van deze artikelen?

### 1. GESCHIEDENIS

Oppervlakkig gezien geeft de bepaling van art.1612 aan huur zakelijke werking. Bleef het hierbij, wij zouden huur, wat betreft de verhouding tot hypotheek, kunnen beschouwen als de in het vorige hoofdstuk besproken zakelijke rechten kortom: als ware huur een zakelijk recht. Slechts weinigen denken er zo over. De geschiedenis van de totstandkoming van het artikel zou een verklaring kunnen geven voor afwijzing van deze opvatting, maar terwijl merendeels wordt aangenomen dat huur een andere—een sterkere—werking heeft dan zakelijke rechten, wordt het argument van de historie van de artt.1612 en 1230 niet vaak gehanteerd.<sup>1</sup>

Naar aanleiding van art.2608 van het Ontwerp-1820<sup>2</sup> en art.1743 van de Code Napoleon was vraagpunt 16 opgesteld<sup>3</sup>, luidende: 'Indien een onroerend goed tengevolge van de insolventie van de eigenaar is vervreemd, kan dan het huurcontract door den koper worden vernietigd?' Of dit een executie ingevolge hypothecaire zekerheidstelling of een gewone executie betreft, is niet aangegeven. Uiteraard wordt dan ook niet gerept over het belang van het moment waarop de huur tot stand komt, vóór of ná de hypotheekvestiging. Het heeft er alle schijn van, dat geen onderscheid wordt gemaakt en dat ook verhuring van verhypothekteerd on-

1 Asser-Van Oven, p 169 e v doet dit wel evenals De Bruyn, R. M. Themis 1961, p 98 e v

2 Dit luidde, zie Voorduin V, p 220, noot 1: 'Wanneer het verhuurde goed verkocht wordt bij verklaarde insolventie van den verhuurder, zal de koper het recht hebben om de verhuring niet gestand te doen, wanneer dezelve geschied is binnen een jaar voor de insolventieverklaring, mits hij in dit geval, daarvan opzegging doet aan den huurder binnen zes weken na den koop'

3 Zie Voorduin IV, p 570, aant. III (hypotheek); Voorduin V, p 220/1, aant.I (huur)

roerend goed is inbegrepen, hetgeen ook kan worden afgeleid uit het verder verhandelde<sup>1</sup> Ook onderscheid tussen vrijwillige verkoop van het verhuurde en executoriale verkoop, wordt niet gemaakt, de regering wenst dat zelfs niet.<sup>2</sup>

De meerderheid van de afdelingen beantwoordde het vraagpunt ontkennend In comité-generaal werd 'zonder omvraag' ontkennend geantwoord<sup>3</sup> Bij de laatste gelegenheid werd echter aan de redactiecommissie overgelaten de nodige bepalingen te maken teneinde misbruik van het beginsel te voorkomen.<sup>4</sup> Het comité-generaal ziet kennelijk nadelige consequenties van zijn standpunt. Ook bij de verdere behandeling worden bezwaren gemaakt, en wordt aangedrongen op waarborgen voor de hypotheekhouder<sup>5</sup>

Het idee dat de hypotheekhouder van de bepaling van art 1612 geen nadeel zou kunnen ondervinden in die gevallen dat zijn recht anterieur is aan dat van de huurder, komt men bij de behandeling niet tegen<sup>6</sup>

Men is over het algemeen van oordeel, dat nadelig geachte huren of huurcondities moeten kunnen worden voorkomen, kennelijk omdat men ervan uitgaat, dat de hypotheekhouder er in principe wél aan gebonden is.

Op de bezwaren wordt tenslotte door de Regering gereageerd met de mededeling: 'Ten aanzien der verhuring van verhypothekerde panden, heeft men bij herziening van den XXsten Titel des Ilden Boeks, doelmatige voorzieningen voorgedragen.'<sup>7</sup> De Regering doelt hier op art 1230

Art.1612, dat reeds in het Ontwerp-1820 voorkwam, wordt dus vastgesteld, omdat men genoeg neemt met de geruststellende mededeling van de Regering, dat bij herziening van de bepalingen van het hypotheekrecht de bezwaren zullen worden ondervangen

**Waarom art.1230 noodzakelijk werd geacht, blijkt uit het voorafgaande; het is ontstaan nadat over art.1612 was beslist, als reactie daarop. Het kwam niet voor**

1 Zie Voorduin, V, p 220 aant I, II, III, p 227 aant XII ' door het verhypothekerde goed te verhuren ', aant XIII ' verhuring van verhypothekerde panden '

2 Voorduin V, p 222 aant V In een van de afdelingen wenste men in 1824 dat de huur door verkoping bij executie tegen de verhuurder zou ophouden 'Men heeft', zo zei de Regering, 'daartoe geen denkbare reden gevonden en ziet geen onderscheid tussen ene vrijwillige verkoop en ene verkoop bij executie' Daaruit blijkt echter niet of men zich ook bewust is geweest van de gevolgen welke vastzitten aan het feit dat een executie bij hypotheek, of men die nu vrijwillig noemt of niet, steunt op een vestiging van die hypotheek in het verleden

3 Voorduin V, p 221 aant III

4 Voorduin V, p 221 aant III De redactiecommissie zal hierop in eerste instantie negatief reageren, vgl Voorduin IV, p 569/570 Ook de Regering meent aanvankelijk dat geen regel nodig is aangezien ' het niet mogelijk is om door wettelijke bepalingen tegen alle soorten bedrog te voorzien ', vgl Voorduin V, p 222 aant VI

5 Vgl de passages Voorduin V, p 221 aant III, p 222/3 aant VI, p 224 aant VIII en p 227 aant XIII Uit deze passages blijkt tevens dat men deze aan huur gebonden acht

6 We treffen meerdere malen de opmerking aan dat de eigenaar die verhypothekerd heeft niet meer geheel vrij is, immers de voortdurende van zijn recht is beperkt en hangt niet af van zijn wil, hij wordt vergeleken met een vruchtgebruiker die ook beperkt is, vgl in die zin Asch van Wijck, 2e Kamer 27-1-1825, staatscourant 7-2-1825, no 32, Voorduin V, p 224 aant VII (vgl ook de 2e afd naar aanleiding van art 12 van de wet 15-6-1833, Voorduin V, p 227 aant XII) toch stemt hij voor, want wij kunnen het bezwaar bij de regeling van hypotheek ondervangen

7 Zie Voorduin V, p 227 aant XIII

in de wet van 5 maart 1825 S.B. 41 of in het B.W. van 1830; eerst bij de wet van 28 april 1833 S.B. no.18 wordt het vastgesteld in art.18.<sup>1</sup> Weliswaar werd reeds eerder om een dergelijke regeling gevraagd, maar de genoemde redactiecommissie<sup>2</sup> en de regering<sup>3</sup> stonden aanvankelijk afwijzend tegenover dergelijke wensen. Voor verdere aandrang is men tenslotte gezwicht, en door de bepaling van art.1230 is gepoogd de hypotheekhouder de mogelijkheid te verschaffen zich te beschermen tegen de nadelen welke naar de mening van de afdelingen, en ook van de afgevaardigden bij de openbare behandeling, voor de hypotheekhouder uit een bepaling als opgenomen in art.1612 kunnen voortvloeien.<sup>4</sup>

Het art.1230 kwam tenslotte in het Ontwerp van 13 maart 1833. Verder werden alleen nog op detailpunten wijzigingen voorgesteld<sup>5</sup> en deels ook aangebracht.<sup>6</sup>

Een der afdelingen brengt nog naar voren, dat de eigenaar teveel wordt belemmerd door een bepaling als vervat in art.1230.<sup>7</sup> Voorts wordt verdedigd, dat het beter is een algemene bepaling in de wet op te nemen zonder beding.<sup>8</sup> Zelfs wordt gesteld, dat de huur zou moeten eindigen bij uitwinning (bedoeld is: hypothecaire uitwinning). 'Huur gaat weliswaar vóór koop (art.1612), indien het eene vrijwillige verkoop is, waarbij de eigenaar geen ander recht kan overdragen als hij zelf heeft, doch bij uitwinning geldt het rechten van derden, welke door de huur benadeeld worden.' Aldus de 4e Afdeling.<sup>9</sup> Zij vervolgt, en daar gaat het m.i. om, '... het verhypothekerde goed (moet) denzelfden waarborg blijven opleveren als het bij het vestigen der hypotheek, aanbod; lage huren vernietigen dien waarborg, en strijden dus tegen de regten der hypotheekhouders, de eigenaar kan die regten niet verkorten; eene verhuring draagt inderdaad op den huurder meerder regt, namelijk dat van een langdurig gebruik, over, dan hij zelf heeft.'

Welk standpunt hier nu wordt ingenomen, is echter niet duidelijk. Enerzijds suggereert de opmerking dat alleen een lage huur verwerpelijk is, met andere

1 De memorie van toelichting d.d. 13-3-1833 zeide dan ook dat het artikel was 'ingelascht' om de schuldeisers voor schaden te waarborgen.

2. Zie ook Voorduyn IV, p.568 aant.II (niet opgenomen in V waar slechts een verwijzing voorkomt), waar de heer Van Crombrugghe wordt geciteerd uit diens toespraak d.d. 1-3-1825, naar aanleiding van hetgeen in comité-generaal aan de redactiecommissie werd overgelaten, nl. het ontwerpen van beschermende bepalingen voor de hypotheekhouder. Zijn betoog komt in het kort hierop neer. Een dergelijke regeling treft men in geen enkele der bekende codificaties; zij is in strijd met goede wetgeving, voor nadelige verhuring behoeft men nauwelijks vrees te hebben, het gaat slechts over de huurtijd en laat dat over aan de rechter. Raak echter niet aan de eigendomsrechten van de hypothecaire debiteur. Bedenk verder dat normaliter een flinke overwaarde gevraagd zal worden en al zou de huur wat lang uitvallen—hetgeen soms noodzakelijk is—, indien de juiste prijs is bedongen zal de hypotheekhouder geen schade lijden, .. daarom besloot de redactiecommissie afwijzend<sup>1</sup>

3. Zie de opmerking van de Regering hiervoor in noot 2 p.88 aangehaald

4. De toelichting luidde dan ook dat men de schuldeiser wilde behoeden voor schade, Voorduyn IV, p.571 aant.VI. 'Het gebeurt toch zeer dikwijls, dat verhypothekerde percelen door den eigenaar en na het leggen van het verband, voor vele jaren worden verhuurd of verpacht'

5. Voorduyn IV, p.572 aant.VII en VIII.

6. Voorduyn IV, p.572 aant.IX: nieuwe redactie van 1834; 'aan tegengeworpen . . . wordt dan . . . tegen . . . ingeroepen . . .'

7. Dit kan a contrario geredeneerd, nog als argument dienen om aan te tonen dat de eigenaar in principe vrij is.

8. Voorduyn IV, p.574 aant.XII

9. Voorduyn IV, p.574 aant.XII

woorden een verhuring tegen juiste prijs levert geen nadeel op en is niet bezwaarlijk. Anderzijds komt in de laatste zinsnede een meer principieel standpunt naar voren: namelijk dat de rechten van de hypotheekgever/eigenaar beperkt zijn, in die zin dat hij slechts de eigendom heeft totdat uitwinning plaatsheeft. Wat daarvan zij, de voorgestelde bepaling bleef gehandhaafd.

Nog een andere, bij de beraadslagingen naar voren gekomen gedachte verdient aandacht, nl. de vergelijking van de hypotheekgever met een vruchtgebruiker.<sup>1</sup> Evenmin als deze laatste zou de eigenaar van een verhypothekteerd goed geheel vrij zijn. Sommigen wilden dan ook in geval van hypothecair verbonden goed de tijd van de huur gelijkstellen aan die, waartoe de vruchtgebruiker bevoegd was. Kennelijk werd ervan uitgegaan dat de huurder die zijn recht ontleende aan een vruchtgebruiker, niet zonder meer zou moeten kunnen worden uitgezet, wanneer het vruchtgebruik vervalt.

Een zekere parallel is inderdaad aanwezig. De vruchtgebruiker is beperkt in zijn bevoegdheden, en men kan zich voorstellen, dat ter bescherming van de huurder gezegd wordt, dat een door de vruchtgebruiker aangegane huur in ieder geval een bepaald aantal jaren kan lopen.<sup>2</sup> Dat zou dan als volgt begrepen kunnen worden: de eigenaar is na afloop van het vruchtgebruik in principe niet meer gebonden aan de handelingen van de vruchtgebruiker en dus zou een huur niet door hem gestand behoeven te worden gedaan; teneinde de huurder toch enige zekerheid te geven, wordt een bepaling geschapen waarin een bepaalde tijd geaccepteerd wordt. Of is het omgekeerd en moet men zeggen: verhuur is de vruchtgebruiker toegestaan en in principe is de eigenaar gebonden, maar de huur moet worden beperkt teneinde de eigenaar te beschermen. Dit hangt af van de inhoud, welke men toekent aan het zakelijk recht van vruchtgebruik.

De eigenaar die hypotheek verleent en vestigt, kan weliswaar met de vruchtgebruiker worden vergeleken<sup>3</sup>, maar er is een belangrijk verschil. De eigenaar van een met hypotheek belast goed, is volledig rechthebbende, voor zover er geen conflict ontstaat met de hypotheek. Alle rechten welke de hypotheekhouder onaangetast wil laten, zijn volkomen geldig, behoudens eventuele rechten van derden; zie daarover nader hoofdstuk V. De vruchtgebruiker verkeert in een tegengestelde situatie; hij heeft slechts de rechten welke de wet hem als vruchtgebruiker toekent. Gaat hij deze rechten te buiten, dan zal niet de betrokken

1 Voorduin IV, p 574 aant XII verhuring gelijkstellen met die door vruchtgebruikers, p 571 aant IV huur door hypotheekgever niet langer dan door vruchtgebruiker, p 576 aant XIV idem, Voordeun V, p 224 aant VII zie noot 6, p 88

2 Het is begrijpelijk dat men een vruchtgebruiker het recht laat het goed te verhuren. Daartoe is geen afzonderlijke wetsbepaling vereist, tenzij men van mening is dat de wetgever precies moet voorschrijven wat aan de vruchtgebruiker wel en niet is toegestaan, of tenzij men de vruchtgebruiker het recht wil geven meerder recht te verlenen dan hij zelf heeft, nl. een huur die de tijd van het vruchtgebruik te boven gaat. Als men dan de bescherming van de huurder wil accentueren, kan dat gebeuren door zijn huurrecht niet te laten vervallen op grond van het vervallen van het vruchtgebruik waarop de huur steunde

3 Asser-Beekhuis II, p 329 zegt: De hier aan de huurder of pachter gegeven bescherming is te vergelijken met die van art 1612. Op p 330 spreekt hij over de werking van art 864 in verband waarmee de eigenaar beschermd moet worden. art 864 geeft een soortgelijke werking als art 1612

handeling geldig zijn, tenzij de eigenaar haar aantast, doch zal de eigenaar de handeling positief voor zich moeten accepteren wil zij geldig zijn.

Het is mogelijk de huurder bij hypotheek op dezelfde wijze als dit bij vruchtgebruik geschiedt, extra te beschermen, gesteld dat dit gewenst of nodig zou zijn. De wet zou kunnen bepalen, dat de hypotheekhouder bij executie in ieder geval in zekere mate rekening dient te houden met hetgeen de eigenaar deed; de huurder zou een bepaalde termijn gegarandeerd kunnen worden. De huurder geniet bescherming, *niet* omdat de eigenaar het recht gegeven zou worden rechtsgeldig te verhuren, *dát* heeft hij al; *wel* doordat een huurder door een aparte bepaling beschermd zou worden tegen degene die in principe een beter recht heeft.

Wat betreft de geschiedenis van de artt. 1230 en 1612 moet nog gewezen worden op de mening welke hier en daar doorklinkt, dat verhuren in wezen niet anders is dan een daad van beheer; als het maar goed gebeurt, heeft de hypotheekhouder niets te klagen.<sup>1</sup>

De bewering dat verhuur niet anders zou zijn dan beheer wordt ook thans nog gebezigd als argument om een hypotheekhouder die verzuimde een huurbeding te maken, gebonden te achten aan een na de hypotheek tot stand gekomen huur. Zie hierna p. 92/93.

De geschiedenis leert in ieder geval, dat men er zeer wel van doordrongen is geweest, dat de eigenaar ook na de hypotheekvestiging in principe de volledige eigendomsrechten op zijn goed behoudt.

Voorts wilde men de huurder bescherming verlenen. Daardoor kwamen de rechten van de hypotheekhouder in het gedrang in die zin, dat de huurder beschermd wordt ongeacht—naar het schijnt—of zijn recht vóór of ná de hypotheek ontstond.

Met andere woorden, de regel van art. 1612 werd zo gezien, dat een koper in veiling aan de huur gebonden zou zijn. Of ook bedoeld is, dat de executerende hypotheekhouder de huur zou moeten accepteren, blijkt niet met zoveel woorden. Men kan echter moeilijk anders dan zulks afleiden uit de parlementaire geschiedenis van art. 1612 en het tenslotte aangenomen art. 1230.

Er van uitgaande, dat de hypotheekhouder in principe door de regel van art. 1612 is gebonden, is een bepaling als vervat in art. 1230 onontbeerlijk om hem bescherming te bieden.

Het is enigszins merkwaardig, dat bij dit alles niemand heeft opgemerkt, dat de wetgever aldus een vreemde figuur schiep. Een in wezen obligatoir recht krijgt niet alleen zakelijke werking, maar werkt in sommige gevallen zelfs sterker dan een eerder gevestigd zakelijk recht.

Dit is echter niet zo zeer toe te schrijven aan een overdreven waardering van een bepaling als art. 1612, maar veeleer aan het feit, dat bij de beschouwingen te weinig aandacht is geschonken aan het wezen van het hypotheekrecht. Daardoor heeft

1. Bijv. Van Crombrugghe, Voorduin IV, p. 568/9 aant. II.

men de verhouding tussen de 'zakelijke werking' van art.1612 en de hypotheek niet zuiver gezien. Had men dat laatste wel gedaan dan was niet een verkeerde conclusie getrokken ten aanzien van de werking van art.1612 en zou men niet —impliciet van die werking uitgaande—een artikel als 1230 hebben behoeven te creëren.

Als het tóch de bedoeling was geweest, de huurder te beschermen ook na de eventuele uitwinning, was een bepaling in de trant van de bij vruchtgebruik voorkomende regeling een oplossing geweest. Het beding van art 1230 gaat verder, direct bij uitwinning kan aan de huur een eind worden gemaakt.

## 2 LITERATUUR EN JURISPRUDENTIE

Wat zeggen literatuur en jurisprudentie over de mening, dat art.1612 aan huur een sterkere werking zou geven dan die van een zakelijk recht?

Heel vaak wordt aan dit punt weinig, of zelfs geen aandacht gegeven<sup>1</sup> en is de kwestie verschoven naar een andere, verder liggende vraag welke zich bij hypotheek in verband met huur voordoet. Men vraagt zich af of een koper in veiling —meestal een veiling ex art 1223 lid 2—op grond van art 1230 kan ageren tegen huur. Deze laatste vraag staat naar mijn mening los van de verhouding art 1612—hypotheekrecht, welke in het voorgaande vanuit de wetsgeschiedenis werd belicht. Wat is de mening van hen die wel op dit punt ingaan? Is een hypotheekhouder in principe gebonden aan een latere huur, en zo ja, waarom?

Er is verdedigd, dat verhuren gerekend moet worden tot het beheer van het verbonden goed<sup>2</sup> en zich daarom onttrekt aan de regel, dat het jongere recht moet wijken voor het oudere zakelijk recht op dezelfde zaak. 'Zou niet, zonder art.1230, de onbevoegdheid om ten nadele van ouder zakelijk gerechtigden zakelijke rech-

1 Voor opgave zie noot 1 op p 110

2 Aldus Pitlo, p 418. Hij geeft een uitwerking die ik niet geheel kan volgen, want zij staat tegenover een eerdere (p 417) stellige bewering dat latere zakelijke rechten en a fortiori latere obligatoire rechten, ook die met zakelijke inslag, de hypotheekhouder niet kunnen deren. Toch geeft volgens Pitlo art 1230 wel aantrekkelijke steun, immers is verhuur niet alleen maar een beheersdaad en zou niet, zonder art 1230, enz. Zie het citaat hierboven op deze pagina en p 93.

Ook Van Brakel, W P N R 3171 zoekt het in het beheerskarakter, huur is normale beheersdaad. Geen parallel met zakelijke rechten die een gedeeltelijke afstand van het eigendomsrecht betekenen.

Vgl. over huur ook Pitlo in Bundel Onroerend Goed, p 244 e.v. de H R. breidt art 1612 te ver uit. De inhoud van dat artikel is verwrongen omdat men het als uitzonderingsbepaling zag en niet als symptoom van een niet geschreven hoofdregel dat kenbare rechten gerespecteerd moeten worden.

In deze zin laat Pitlo zich ook uit in zijn preadvies. Not 1953 met van Manen, p 256/7.

Vgl. ook Eggens in Themis 1921. Strekking en werking van art 1230 B.W. Hij begint met zich af te vragen of de koper bij verkoop cf. art 1223 2 zich op het beding van art 1230 kan beroepen. Verderop in zijn artikel p 216 e.v. gaat hij even in op het waarom van art 1230. Verhuren, zo heet het daar, is een beheersdaad, maar door art 1612 krijgt huur een zakelijke werking, ten aanzien daarvan geldt hetzelfde als voor zakelijke rechten: de hypotheekhouder mag de latere huur negeren. Maar nu art 1230 is opgenomen, nu moet verhuur weer als beheersdaad beschouwd worden en worden geëerbiedigd door de hypotheekhouder als het beding niet in de akte staat: is het wel gemaakt dan kan de hypotheekhouder huur op dezelfde wijze beschouwen als een later gevestigd zakelijk recht en kan hij negeren. Art 1230 is terecht opgenomen, want huur is immers tweeslachtig.

ten te vestigen haar begrenzing vinden in beschikkingsdaden?"<sup>1</sup>

Afgezien nog van het feit dat ik niet kan inzien waarom juist bij beschikkingsdaden<sup>2</sup> de grens moet worden getrokken, meen ik dat juist door de aanwezigheid van een bepaling als art. 1612 niet onderschreven kan worden, dat verhuur slechts beheer is. In beginsel is zij dat misschien, maar de wet maakt er in elk geval méér van. Daarenboven kan ik niet goed inzien, dat een beheersdaad een opvolgend eigenaar onder bijzondere titel zonder meer zou binden. Door art. 1612 wordt huur juist in de sfeer van beschikkingshandelingen getrokken.<sup>3</sup>

Gesteld al dat huur als beheersdaad zou moeten worden gekwalificeerd en een opvolgende eigenaar zou binden, is daarmee dan gezegd dat zij ook dán een hypotheekhouder bindt, indien de huur is aangegaan na de hypotheek?<sup>4</sup>

Het argument van beheer bevredigt niet.

Iets aannemelijker klinkt het argument dat De Bruijn hanteert.<sup>4</sup> Zijns inziens wordt de opvolgende eigenaar gebonden ingevolge verbintenis uit de wet: nl door art 1612; 'de verplichtingen uit de huurovereenkomst zouden als verbintenis uit de wet zijn aan te merken'. Dit zou tevens moeten impliceren dat de hypotheekhouder, ondanks zijn ouder zakelijk recht gebonden is.

Volledig aanvaardbaar is dit niet. Het is veeleer zo, dat de wet—althans zoals zij door de makers werd bedoeld en geïnterpreteerd—aan de uit overeenkomst van huur en verhuur ontstane rechtsfiguur deze uitzonderlijke eigenschappen geeft. Dat dit zou medebrengen, dat de opvolgende eigenaar onder bijzondere titel gebonden zou zijn ingevolge een verbintenis uit de wet, acht ik een bewering die moeilijk in overeenstemming is te brengen met een gangbare opvatting over het begrip verbintenis uit de wet.

Als enige reden voor de uitzonderlijke werking van art. 1612 zou ik willen aanmerken de bedoeling van de wetgever en diens interpretatie van het artikel. Deze blijken uit de parlementaire geschiedenis van de artt. 1612 en 1230. Het bestaan van dit laatste artikel kan, gezien de historische samenhang, gehanteerd worden als argument voor de bewering, dat art. 1612 kennelijk bedoelt een huur, ook die gesloten na het vestigen van een hypotheek, te laten gelden tegen de hypotheekhouder. Een sterkere werking dus voor huur dan voor zakelijke rechten. De wetgever was van mening, dat de hypotheekhouder zonder de ontsnapingsmogelijkheid van art. 1230 aan een latere huur gebonden is.

In dit verband kan ook een a-contrario-redenering vanuit art. 1230, zoals Van Oven vermeldt<sup>5</sup>, geaccepteerd worden, tenminste als het historisch verband van de artt. 1230 en 1612 in het oog wordt gehouden. Maar deze a-contrario-redene-

1 Aldus Pitlo, p 418

2 Als men het in dit verband al eens wordt over de vraag wat beschikken is

3 Asser-Van Oven, p 170 De Bruijn, R M Themis 1961, p 109/110 opponeert tegen Van Brakel en Pitlo

4 R M Themis 1961, p 98 e v m n 108, 109, 110 Contra De Bruijn Asser-Van Oven, p 166 de wet wijst de opvolgende eigenaar aan als rechtsopvolger van de verhuurder t a v verbintenissen uit overeenkomst

5 Asser-Van Oven, p 166



ring is niet strikt noodzakelijk om te komen tot een dergelijke interpretatie van art.1612. Ook zonder op deze wijze te werk te gaan, kunnen wij op grond van de historie tot de conclusie komen, dat de vreemde werking van art.1612 gewild werd, althans onafwendbaar geacht werd; verkoop was verkoop, vrijwillig of executoriaal, ingevolge hypotheek of gewone executie, dat deed er niet toe.

Wanneer men ervan uitgaat, dat de hypotheekhouder gebonden is ook aan een latere huur, kan men zich afvragen of de hypotheekhouder niet moet worden beschermd tegen deze consequentie van art.1612.

Het antwoord kan moeilijk anders dan bevestigend luiden. Dit standpunt werd ook ingenomen bij de totstandkoming van het B.W. Het is ook met het oog op eenheid in het zakenrechtelijk systeem (achteraf zouden we zeggen: redden wat er te redden valt, nadat eerst het systeem is aangetast door art 1612) uiterst wenselijk. Waarom zou een hypotheekhouder wel beschermd zijn tegen alle zakelijke gebruiksrechten, maar geen mogelijkheid hebben tot bescherming tegen huur?

Daartoe dient art.1230. Maar wat is nu precies de werking daarvan?

### 3. DE WERKING VAN ART. 1230

Mag gesteld worden dat de hypotheekhouder die het beding van art.1230 heeft gemaakt, daardoor ten opzichte van een huur in eenzelfde positie is komen te verkeren als ten opzichte van een zakelijk recht?<sup>1</sup> Dat wil zeggen, heeft de hypotheekhouder het recht een na zijn hypotheekrecht tot stand gekomen huur te negeren, wanneer hij tot uitwinning overgaat, evenals dat<sup>2</sup> het geval is met posterieure zakelijke rechten?

Ik meen, dat dit de meest zinvolle, doelmatige en systematische uitleg is, die wij kunnen geven. Daardoor wordt de huur tenminste ten opzichte van de hypotheekhouder in het normale patroon van ons zakenrecht ingepast, terwijl de historie geen geweld wordt aangedaan.

Het is echter duidelijk, dat de wetgever op deze manier een onnodige omweg maakt. Eerst wordt aan art.1612 een onnodig ver strekkende uitleg gegeven en vervolgens wordt als remedie tegen de vreemde consequenties van die uitleg een apart artikel in het leven geroepen. Indien men art.1612 in systematisch verband met het stelsel van ons zakenrecht ziet, en hypotheek ook consequent in dat kader beschouwt, is de gehele problematiek overbodig. Het enige verschil is, dat het beding van art.1230 facultatief is en de mogelijkheid laat nuances aan te brengen in die zin bijv. dat huur voor een beperkte tijd wordt toegestaan.

Hij die de conclusie, dat art.1230 huur in haar verhouding tot hypotheek gelijk-schakelt met een zakelijk recht, of zo men wil: maakt tot een persoonlijk recht met zakelijke inslag, niet wil accepteren, zou tweërlei redenering kunnen volgen.

1. In die zin Diephuis VII, p 494 e v., Eggens in Themis 1921, p 217/218, Meijers in W P N R 2840 Rb. Rotterdam 28-4-1924 W 11 219, Asser-Scholten, p.505

2. Zie over dit recht het volgende hoofdstuk.

Ofwel hij zou aan art 1612 op dit punt nog andere bijzondere gevolgen moeten toeschrijven, dan alleen het teweegbrengen van een gebondenheid van de hypotheekhouder, welke andere gevolgen niet door het beding van art 1230 zouden kunnen worden weggenomen. Ofwel hij zou een andere uitleg moeten geven aan —minder kracht moeten toekennen aan—het beding van art 1230. Voor geen van beide ideeën zijn voldoende gronden aan te voeren.

Het enige punt waarover in dit verband twijfel zou kunnen bestaan is de werking van huur na uitwinning van het onderpand door de hypotheekhouder. Is er reden aan te nemen, dat huur na uitwinning—gesteld dat de hypotheekhouder wel het beding van art 1230 heeft gemaakt, maar er geen gebruik van heeft gemaakt—sterker zou werken dan een zakelijk recht in een overigens vergelijkbare situatie? Alleen als dat het geval zou zijn, zou er ook reden zijn te onderscheiden tussen de mogelijkheid voor de koper op te treden tegen huur in strijd met het huurbeding en de mogelijkheid te ageren tegen een later zakelijk recht.

Bij de bespreking van art. 1230 vermeldt Van Oven<sup>1</sup> de parallel van huur in strijd met het huurbeding en de figuur van na het tot stand komen van de hypotheek gevestigde zakelijke rechten. Daarbij wordt door hem gesteld 'Van deze (zakelijke) rechten kan de hypotheekhouder de nietigheid inroepen. Kan de koper het ook? Het wordt algemeen aangenomen.' Afgezien van de vraag of deze stelling in haar algemeenheid juist is, moet erop gewezen worden, dat niet duidelijk blijkt waarop dat recht van de koper gebaseerd zou zijn. Dit zij echter terloops opgemerkt; op de kwestie van de rechten van de hypotheekhouder en de koper bij uitwinning wordt nog afzonderlijk teruggekomen.

Ten aanzien van latere zakelijke rechten zou er dus geen probleem bestaan. Betreft het echter niet een later zakelijk recht, maar huur in strijd met het huurbeding, dan levert de vraag naar het recht van de koper wél moeilijkheden op. De oorzaak hiervan, zo zegt menigeen,<sup>2</sup> moet worden gezocht in het—inmiddels overigens geheel of ten dele verlaten—standpunt van de Hoge Raad ten aanzien van verkoop op grond van art 1223 lid 2, de nagenoeg altijd in dergelijke gevallen toegepaste wijze van verkoop. De zojuist gereleveerde parallel met na de hypotheek tot stand gekomen zakelijke rechten wordt dan ook veelal als argument gebruikt om de onhoudbaarheid van de mandaattheorie aan te tonen. Nam de Hoge Raad in deze een juist standpunt in—zo vervolgt de redenering—dan waren er geen moeilijkheden. Een juist standpunt zou zijn het afzweren van de mandaattheorie en omhelzing van de executietheorie.

Het is niet goed in te zien, dat het enig verschil maakt of men de verkoop krachtens art. 1223 lid 2 een verkoop krachtens mandaat of een op grond van eigen

1 Asser-Van Oven, p 170, Vgl ook de vrij algemene afwijzing van de leer van de Hoge Raad dat de koper geen recht heeft te ageren tegen huur in strijd met huurbeding wegens afwijzing van de consequentie dat dan ook de koper niet tegen latere zakelijke rechten kan optreden. Zie volgende hoofdstuk.

2 Van Nierop, p 169, Suyling V, no 484, Asser-Scholten, p 504, Pitlo, p 419. In andere zin Van Brakel W P N R 3171, Land III, p 385 en Asser-Van Oven, p 167.

recht acht. Tenminste niet dat dit verschil zou maken voor de vraag of de mogelijkheden om na de verkoop op te treden tegen huur, anders zouden liggen dan de mogelijkheden om tegen zakelijke rechten op te treden. Indien huur door de werking van art.1612 jo. art.1230 ten opzichte van hypotheek niet anders werkt dan een zakelijk recht, zullen de mogelijkheden voor de koper na uitwinning ten aanzien van huur gelijk zijn aan die ten aanzien van zakelijke rechten.

De oorzaak van verschillende benadering van huur en zakelijke rechten moet niet in de wijze van uitwinning worden gezocht; doch moet zij misschien gezocht worden in de regels, welke gelden voor huur, dus bij de artt.1230 en 1612<sup>1</sup>

Men zou kunnen stellen, dat de werking van art.1612 jo art.1230 zodanig is, dat het beding van art.1230 alléén en uitsluitend aan de hypotheekhouder en aan niemand anders het recht geeft tegen huur op te treden, en dat dit daarenboven slechts op één manier mogelijk is, nl. door een expliciet beroep op het beding, met andere woorden door vooraf bij de verkoop de huur uitdrukkelijk te vernietigen. Is dit beroep niet gedaan, dan zou daarmee alle verder optreden tegen de huur onmogelijk zijn geworden; de hypotheekhouder heeft de huur impliciet geaccepteerd. Dat zou staan in tegenstelling tot de situatie met betrekking tot zakelijke rechten, daar zou dat alles anders zijn, daar zou geen expliciet beroep nodig zijn om de koper een recht tot optreden te verschaffen

Het zijn gissingen in de richting van een ongefundeerd, bovendien ondoelmatig verschil tussen huur en zakelijke rechten in dit opzicht. Een verschil daarenboven, dat op onaanvaardbare wijze in conflict komt met ons zakenrechtelijk systeem.

Over de wijze waarop de hypotheekhouder kan opkomen tegen latere huur en latere zakelijke rechten wordt nog gesproken in Hoofdstuk V

### *Uitwinning krachtens beding van art.1223 lid 2, mandaat-executieleer*

Zoals gezegd: het verschul zoeken bij de controversie mandaat-/executieleer is evenmin juist.

Trouwens de Hoge Raad heeft ook in een geval waar het een gewone executie betrof, op 15 maart 1940<sup>1</sup>, de koper onverrichter zake huiswaarts gezonden. In zoverre is de Hoge Raad consequent. Voorts moeten wij in het oog houden, dat de strijd over de executie volgens art.1223 lid 2 goeddeels—zo niet geheel—gestreden is sinds het arrest van 24 januari 1964.<sup>2</sup>

Toch wordt in de jurisprudentie en naar aanleiding daarvan vooral in de literatuur, veel aandacht geschonken aan de kwestie executie/mandaat met betrekking tot de verkoop krachtens art.1223 lid 2. Ofschoon het niet de bedoeling is van deze studie op deze kwestie diep in te gaan, wil ik er hier toch enige aandacht aan schenken

Het merendeel van de schrijvers gaat ervan uit, dat de hypotheekhouder zonder het beding van art.1230 hulpeloos zou staan tegenover huur. De jurisprudentie heeft zich vooral beziggehouden met de vraag naar de mogelijkheden voor de

<sup>1</sup> H R 15-3-1940, N J 1940, no 848

<sup>2</sup> H.R 24-1-1964, N J 1964, no 450 met noot Beekhuis, A A XIV, 8, noot Koster

hypothekhouder die het beding maakte Vragen als: wanneer kan hij nog een beroep doen, moet dit door middel van een vonnis; kan hij ook ontruiming vragen en zo ja, wanneer, gaven aanleiding tot procedures. Het meest besproken is echter de vraag of de koper in een veiling krachtens art.1223 lid 2 het recht heeft zich op het beding te beroepen. Met name twee bekende arresten van de Hoge Raad (1860-1924)<sup>1</sup> zijn aan deze vraag gewijd. Of de jurisprudentie hier het standpunt huldigt, dat het huurbeding tot gevolg heeft, dat de huur ten opzichte van de hypothekhouder wordt teruggebracht tot een soort zakelijk recht, is niet duidelijk. Een opzet, zoals die mij bij de bestudering van die vraag voor de geest kwam, en die ik later bij Van Oven in de jongste Asser-bewerking aantrof, heb ik in de jurisprudentie niet gevonden.

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid, dat de rechter het beding van art. 1230 niet overbodig acht. Weliswaar wordt nergens expliciet gesproken over de vraag of een hypothekhouder ook zonder huurbeding tegen een latere huur kan ageren, doch de gehele benaderingswijze is zodanig, dat het huurbeding wordt voorondersteld, wil de hypothekhouder de huur kunnen negeren. Vraagt men niet naar de rechten van de hypothekhouder die geen huurbeding maakte, dan blijft begrijpelijkerwijs ook achterwege de vraag naar de betekenis van art.1612 voor een huur ten opzichte van een eerdere hypotheek.

De gehele kwestie wordt geconcentreerd rond de vraag wat de koper vermag te doen; kan hij een beroep doen op het beding, of niet? De beantwoording geschiedt vanuit het standpunt dat de Hoge Raad inneemt ten aanzien van de aard van de executie.

In 1860 en 1924 wees de Hoge Raad de koper terug, hij heeft geen beroep tegen de huur, want de op grond van art.1223 lid 2 executerende hypothekhouder doet dit krachtens mandaat van de eigenaar, hij kan dus niet méér overdragen dan de eigenaar heeft.<sup>2</sup> De eigenaar is gebonden aan de huur, en kan er niet tegen ageren, dus de koper die zijn recht verkrijgt, kan dit evenmin

Van alle kanten is ernstige kritiek geleverd op deze visie van de Hoge Raad. De executie van art.1223 lid 2 is er een krachtens eigen recht, althans minstens deels eigen recht (Eggens) en in ieder geval geschiedt de verkoop niet krachtens mandaat in de zin zoals de Hoge Raad dat bedoelt, zo wordt gezegd.<sup>3</sup>

Evenwel een ander standpunt ten aanzien van de executie helpt de koper niet tegen de huur. Eerst moet worden vastgesteld of huur in strijd met art.1230 gelijkgesteld mag worden met een zakelijk recht, en voorts of tegen dat zakelijk recht kan worden opgetreden. Hiervoor kwam dit reeds ter sprake.

Dat acceptatie van de executietheorie de Hoge Raad er nog niet toe zou brengen de koper tegen huur te laten ageren, zouden we kunnen afleiden uit het ook reeds genoemde arrest van 15 maart 1940, dat een geval van gewone executie be-

1 H R 13-4-1860, W 2162, H R 30-5-1924, N J 1924, p 839

2 Zie noot 1

3 Zie opsomming volgende hoofdstuk, p 111 in het slot van noot I van p 110

trof. Terecht merkt Köster<sup>1</sup> dat ook op bij de bespreking van het arrest van 24 januari 1964 (Viruly-Kindt) waar de Hoge Raad zich schijnt te distancieren<sup>2</sup> van de mandaattheorie.

Naast de vele kritiek op de tenslotte dan ook verlaten mandaattheorie, staat de mening van Van Brakel<sup>3</sup>, dat de mandaattheorie ten onrechte als de boosdoener wordt aangemerkt.

Immers zo zegt hij, de executieleer levert eenzelfde resultaat, en de Hoge Raad schijnt hem in 1940 gelijk te geven. Van Brakel wijst daarbij op art.535 Rv. dat een gelijk standpunt huldigt als de Hoge Raad: men kan niet meer verkopen dan de geëxecuteerde heeft en in het geval van art.535 Rv. gaat het toch om executie pur sang.

In een latere discussie met Van Brakel wijst Eggens op art.505 lid 4 Rv.<sup>4</sup>, dat volgens hem de regel van art.535 Rv. doorbreekt. Waarop Van Brakel de toepasbaarheid van art.505 lid 4 Rv. voor hypotheek verwerpt, hetgeen natuurlijk Eggens de wedervraag ontlokt, waarom wel art.535 Rv. en niet art.505 lid 4 Rv. analoog toepast?

#### *Parallel met de artt.535 en 505, lid 4 Rv.*

De parallel met de artt.535 en 505 lid 4 Rv. spreekt mij wel aan en de vrees van Van Brakel voor analoge toepassing van ook het art.505 lid 4 Rv. deel ik niet.

Terecht wordt gewezen op art.535 Rv., dit geeft een algemeen beginsel, waarop niet veel valt af te dingen; meer executeren dan de geëxecuteerde heeft kan niet. Alleen in de sfeer van de Pauliana zijn er mogelijkheden.

Men dient zich echter goed te realiseren waar de oorsprong ligt van dat recht om te executeren. Naar welk moment moet worden beoordeeld, wat de geëxecuteerde heeft, en wat dus kan worden geëxecuteerd. Daaraan ziet Van Brakel ten onrechte voorbij, wanneer hij stelt, dat art 505 lid 4 Rv. bij hypotheek niet analoog zou kunnen worden toegepast. Naar mijn mening is de parallel tussen het hypothecaire systeem en elk van de beide artikelen 505 lid 4 en 535 Rv. wel degelijk aanwezig. Dat art.505 lid 4 een doorbraak van art.535 Rv. betekent, zoals Eggens beweert, geloof ik niet. Dat zou hoogstens gelden voor de slotzin, maar die ligt dan ook in de sfeer van de Pauliana.

Art.505 lid 4 Rv. spreekt over het moment van beslag, in casu de overschrijving in de hypothecairregisters. Op dat moment wordt als het ware de toestand van het betrokken goed gefixeerd ten behoeve van de betrokken beslaglegger. Wanneer art.535 Rv. bepaalt, dat de koper geen andere rechten verkrijgt dan degene tegen wie het beslag is gedaan heeft gehad, dan sluit dat logisch op elkaar aan.

1 A A XIV, no 8, noot op arrest H R 24-1-1964

2 Koster in zojuist aangehaalde noot in A A , p 217 De Hoge Raad heeft volledig de executieleer aanvaard. Beekhuis in zijn noot in de N J 1964, p 1182 spreekt over een 'inbreuk op de mandaatsleer' De Bruijn W P N R 4831/4 de mandaatsleer is verlaten maar de executieleer is nog niet volledig aanvaard

3 W P.N.R 3171/2, zie ook W P N R 3554

4. W P N R 3539 (Eggens), W.P.N R.3554 (Van Brakel)

Tenminste wanneer men ervan uitgaat, dat als peildatum mag gelden de dag van de overschrijving van het beslag. Wat de beslagene toen had, wordt als het ware gereserveerd voor de beslaglegger. Deze kán dat alles executeren en meer kán de koper niet verkrijgen (behoudens de Pauliana). Maar, zoals de Hoge Raad in het arrest van 15 maart 1940 terecht opmerkt: hetgeen na dat moment geschiedt, is nog niet absoluut nietig: de beslaglegger kán een beroep doen. Of het ook 'slechts de beslaglegger' is, en niemand anders, ook niet de koper, komt hierna nog ter sprake.

Een parallel met hypotheek zou getrokken kunnen worden wanneer tegenover het moment van overschrijving van het beslag uit art.505 lid 4 Rv. gesteld wordt het moment waarop de hypotheek wordt ingeschreven. Voor het overige kan eenzelfde redenering gevolgd worden, hetgeen voor de hypotheekhouder tot een alleszins bevredigend resultaat leidt.

Een enkel punt verdient hier nog de aandacht. Art.505 lid 4 Rv. noemt naast vervreemden en verhypothekeren, uitdrukkelijk verhuren en verpachten. Dit is consequent, in deze liggen zij alle in een gelijk vlak. Bij hypotheek blijkt eveneens dat vervreemden en verhypothekeren handelingen zijn, welke een eerdere hypotheekhouder niet deren. Bij hypotheek vindt men dit echter niet in één artikel (zoals bijv. weer wel voor een gedeelte tenminste in art.3.9.4.12 O.B.W.) expliciet uitgedrukt, maar verspreid en in ander—onderling ook weer verschillend—verband.

De artt.1209 lid 2 en 1226 geven de bepaling voor vervreemding en verdere hypotheek; art.846 lid 2 voor vruchtgebruik. Een algemene bepaling kent ons hypotheekrecht op dit punt niet. Huur en pacht worden apart genoemd in art. 1230.

In vergelijking met de regel van art.505 lid 4 Rv. is de regeling in het hypotheekrecht minder consequent door huur en pacht wel te noemen, maar niet tevens vervreemding enz.

Indien men aanneemt dat art.1230 niet overbodig is, omdat art.1612 gezien de historische interpretatie, aan huur meer dan slechts zakelijke werking verschaft, zal dit ook consequenties hebben voor een regeling als vervat in art.505 lid 4 Rv.

Het impliceert, dat wanneer art.505 lid 4 Rv. in algemene termen zou spreken, of slechts vervreemding zou noemen, daaronder *wel* het vestigen van zakelijke rechten mag worden begrepen, doch *niet* het aangaan van een huur. Teneinde de beslaglegger ook te beschermen tegen een na het beslag gesloten huur, zal het noodzakelijk zijn huur expliciet te vermelden.

### *Andere mogelijkheden*

Door hen die van mening zijn, dat de koper in veiling in principe gebonden is aan de huur, wanneer de executerende hypotheekhouder verzuimde gebruik te maken van het huurbeding, wordt naar andere mogelijkheden gezocht.<sup>1</sup>

Vooral in de jurisprudentie is voorgestaan de opvatting, dat de koper zou kun-

1 Van Nierop, p 164/5 als men de executieel volgt is de koper ingevolge art 1354 B W. gerechtigd tot beroep op art 1230, vgl Diephuis VII, p 497.

nen ageren, omdat hij gesubrogeerd zou zijn<sup>1</sup> in de rechten van de hypotheekhouder, op grond van art 1438 lid 2. De koper zou op die grond ook het recht hebben te ageren tegen huur die door de executant ongemoeid is gelaten

Twee punten kunnen tegengevoerd worden. Vooreerst is historisch de bedoeling van art 1438 lid 2 niet anders geweest dan de koper die de koopsom besteedde aan aflossing van een eerste hypotheek te vrijwaren tegen de gevolgen van het opschuifstelsel.<sup>2</sup> En verder zou de gesuggereerde mogelijkheid van art 1438 lid 2 betekenen, dat de koper alle rechten van de hypothecaire schuldeiser zou hebben. Deze consequentie is onaanvaardbaar en een grond om te verdedigen, dat de koper weliswaar niet in alle, maar uitgerekend wel in het recht op te komen tegen huur, wordt gesubrogeerd, zou ik niet kunnen aanvoeren.

Ook is getracht de koper het recht te verschaffen door middel van cessie.<sup>3</sup> De executerende hypotheekhouder zou het recht om te ageren aan de koper moeten cederen. Ook hiertegen valt het een en ander aan te voeren. Kan een recht dat typisch verbonden is aan het recht van hypotheek, afzonderlijk worden overgedragen? 'En is niet deze hypotheek tenietgegaan door de executie', zo vraagt Van Oven zich af.<sup>4</sup> Inderdaad moet een vraagteken geplaatst worden bij deze suggestie.

Bovendien geldt het bezwaar dat de executant in twee kwaliteiten zou moeten optreden, als vertegenwoordiger van de eigenaar en voor zichzelf. Het Hof Den Bosch aanvaardt deze consequentie in zijn arrest van 12 februari 1924, vergelijk ook de Hoge Raad in het arrest Viruly-Kindt.<sup>5</sup> Het is naar mijn mening duidelijk dat cessie, indien al mogelijk, dermate dubieus en gezocht is, dat zij verworpen dient te worden.

1 H R 7-11-1873, W 3654, Hof Den Bosch 30-3-1917, N J 1917, p 1154 koopster van verhuypotheek goed lost met deel van de koopsom de hypotheek af. Daardoor wordt zij gesubrogeerd in alle rechten waarin subrogatie mogelijk is, dus ook in het recht om krachtens huurbeding beroep te doen op nietigheid van de huur, soortgelijk Rb Tiel 26-8-1925, N J 1926, p 1216, Rb Utrecht 11-1-1911, W 9185 (vernietigd door Hof Amsterdam 29-6-1911, W 9290, W P N R 2202 wegens te ruime uitleg van art 1438 lid 2).

2 Vgl Asser-Van Oven, p 169, Scholten W P N R 2231, hij verwierpt de weg van art 1438 2. Zie overigens Hof Den Bosch, 3-11-1903, W 8016, dat ook bij verkoop krachtens art 1223 2 de koper die de koopsom besteedde aan voldoening gesubrogeerd achtte ook wanneer hij heeft verzuimd om rangregeling te vragen.

3 Land III 385/6, gevolgd door Hof Den Bosch, 12-2-1924 arrest a quo in procedure Kaal/Hoefnagels, H R casseerde op 30-5-1924, N J 1924, p 839. Volgens Hof was cessie mogelijk, executant moet in dubbele functie optreden, Van Brakel W P N R 3554 cessie is mogelijk.

Rb Utrecht 7-10-1925, N J 1926 p 663 de hypotheekhouder kan zijn recht uit de hypotheekakte aan de koper cederen, maar hem niet over langere tijd of tot meer bevoegd maken dan de hypotheekhouder zelf, zodat bij het einde van het hypotheekrecht ook de gecedeerde bevoegdheid een einde neemt.

Contra cessie Schermer-Eggens, p 181/182, Asser Scholten, p 505, Vlugs, Preadvies Not 1924, p 155, Van Nierop, p 166 Volmar II, no 502, Pitlo, p 420.

Vgl ook Hoogerechtshof Batavia 10-6-1937, Ind Tijdschrift v h Recht 145, p 744. Aan de koper moet een beroep op het huurbeding gegeven worden in de gevallen waarin de hypotheekhouder blijkt heeft gegeven van dat beding gebruik te willen maken. In casu komt vlg het Hof aan de koper dat beroep toe omdat de hypotheekhouder volgens de veilconditie verklaard heeft den koper in al zijn rechten t a v het huurbeding te stellen.

4 Asser-Van Oven, p 169, zie echter ook p 226 op zichzelf gaat hypotheek niet door de uitoefening teniet.

5 Hof Den Bosch, 12-2-1924, hiervoor in noot 3 aangehaald, H R 24-1-1964, N J 1964, no 450.

De geciteerde opmerking van Van Oven brengt mij in een bepaalde richting: zijn deze rechten niet inherent aan de hypotheek, vervallen zij niet met de hypotheek, zodat bij het tenietgaan van de hypotheek, ook alle rechten om te ageren vervallen? Waaraan moet de koper dan nog zijn rechten ontleen?

Er wordt nog een andere opvatting verdedigd. Van Oven<sup>1</sup> staat namelijk in zijn Asser-bewerking vóór het idee, dat de koper zonder meer het recht zou hebben om te ageren. Hij verwerpt de leer van de Hoge Raad, dat de executant als tegenwoordiger van de eigenaar niet anders kan doen dan verkopen met huur-rechten en al. Het sterkste argument voor de leer van de Hoge Raad acht hij dat bij de totstandkoming van art.1230 uitdrukkelijk gesteld is, dat alleen 'dien schuldeiser' (dit is de hypothecaire schuldeiser) door art.1230 beschermd zou worden tegen de benadeling door verhuring.

Daar staat tegenover, dat daarbij—naar Van Oven terecht opmerkt—is gedacht aan 'dien schuldeiser' in tegenstelling tot de andere schuldeisers. Aan een tegenstelling tot de koper in de veiling is niet gedacht. Dit argument kan dan ook moeilijk worden aangevoerd ter ondersteuning van de bewering dat de koper 'dus' geen recht op beroep tegen de huur heeft. A contrario-uitleg is hier onaanvaardbaar.

De wetgever heeft zich in het geheel niet uitgelaten over de koper, ook niet over de vraag of de koper enig recht zou hebben. Uit de gehele huurhistorie zou eerder het tegendeel zijn af te leiden.

Van Oven ziet het anders en stelt, dat het 'weinig waarschijnlijk (is) dat de wetgever, voorzover hij zich deze vraag bewust geweest is, daarop een antwoord heeft willen geven, dat met de behoeften van het rechtsverkeer zó weinig rekening houdt'.<sup>2</sup>

Het sterkste argument tegen de leer van de Hoge Raad is volgens Van Oven<sup>3</sup>—afgezien van de onbevredigende consequenties—de parallel met de zakelijke rechten, die na de hypotheek op het goed zijn gevestigd. Men neemt algemeen aan dat de koper hiervan de nietigheid kan inroepen, zo stelt Van Oven, en dit nu komt in botsing met de leer van de Hoge Raad over art.1230.<sup>4</sup>

Ten gevolge van art.1612 is verhuren meer dan een beheersdaad; een stuk eigendom gaat verloren. Waarom, zo vervolgt hij, zou men ingeval van verkoop door de hypotheekhouder de zakelijke werking van huur niet uitschakelen ten behoeve van de koper, maar dat bij het bestaan van zakelijke rechten wél doen. Dit verschil acht Van Oven onjuist.

1 Asser-Van Oven, p 169/170

2 Asser-Van Oven, p 170

3 Asser-Van Oven, p 167 De hypotheekhouder zal in de regel niet ageren. Ontzegt men nu de koper de bevoegdheid om tegen de huurder op te treden, dan zal *dus* (! ! ! R) in de meeste gevallen de strekking van het voorschrift niet tot haar recht komen.

De Bruijn W P N R 4833 strekking en doel van artt 1230 en 505 4 Rv komen niet tot hun recht, R M Themis 1961, p 129 beroep op doel en strekking van voorschrift als van artt 1230 en 505 4 Rv is al voldoende om leer van de H R te veroordelen.

4 Zie reeds Meijers W P N R 2840



Van Oven trekt dus de parallel geheel door: Waarom, zo vraagt hij, zou de koper wel tegen zakelijke rechten, doch niet tegen huur kunnen ageren als hun karakter toch hetzelfde is. Hiervoor werd reeds aangegeven dat aan de fundering van het recht van de koper, zowel om tegen zakelijke rechten, alsook om tegen huur op te komen, het een en ander mankeert.

#### 4. ENIGE ANDERE ASPECTEN VAN HET HUURBEDING

De zakelijke werking van het beding. Daarover bestaat geen meningsverschil. Reeds in 1921 merkte Eggens<sup>1</sup> op, dat de zakelijke werking vrijwel algemeen werd geaccepteerd. In de visie dat het huurbeding vereist is om de hypotheekhouder te beschermen tegen huur is zakelijke werking ook vereist. Anders zou immers een simpele vervreemding van het onderpand voldoende zijn om de hypotheekhouder geconfronteerd te zien met de mogelijkheid dat de opvolgende eigenaar het onderpand verhuurt, een huur waartegen hij ingevolge de speciale werking van art. 1612 niets zou kunnen beginnen, indien hij niet beschikt over de speciale remedie: het beroep op het huurbeding.

De zakelijke werking strekt zich in ieder geval uit tot al hetgeen naar luid van art. 1230 in het beding kan worden opgenomen. Dus ook tot een verbod van vooruitbetaling van huurpenningen.

Vermelding verdient de passage welke Van Oven hieraan wijdt.<sup>2</sup> Hij vermeldt dat de werking van het beding in dit opzicht inhoudt, dat—voor geval bij de uitwinning niet van de gehele huur 'nietigheid' kan worden ingeroepen—de hypotheccaire crediteur een object verkoopt, dat weliswaar verhuurd is, doch waarvan de lopende huurtermijn geacht wordt nog niet te zijn betaald. 'In dit geval is dus de koper de *enige* (cursivering Van Oven) die in aanmerking komt om zich op het beding te beroepen.' Kennelijk gaat Van Oven er hierbij vanuit dat uitwinnen zonder meer betekent: het onderpand verkopen zoals het ten opzichte van de hypotheekhouder bestaat. Dat dit, gesteld dat het zo is, inhoudt dat de koper een beroep op het huurbeding doet valt echter niet in te zien. Hierna komt dit nog ter sprake.

Met extensieve uitleg van het huurbeding zou eventueel ook het veel voorkomende verbod van cessie van huurpenningen onder het beding te brengen zijn, en daardoor een zakelijke werking deelachtig kunnen worden.<sup>3</sup> Met Van Oven<sup>4</sup> zou ik echter een prealabele vraag willen stellen: namelijk of een cessie de positie van de hypotheekhouder kan aantasten. Volgt men de Hoge Raad dan kan deze vraag niét ontkennend worden beantwoord met de argumentatie, dat cessie van termij-

1. Themis 1921, p.218; vgl. ook in die zin De Bruijn, R.M. Themis 1961, p.136. Anders: Land III, p.384; Vlug, preadvies Not.1924, p.153.

2. Asser-Van Oven, p.172.

3. Vgl. Asser-Scholten, p.507.

4. Asser-Van Oven, p.172.

nen vervallende na vervreemding onmogelijk zou zijn, zoals wel beweerd werd.<sup>1</sup> Een dergelijke cessie werd immers door de Hoge Raad aanvaard.<sup>2</sup> Daardoor wordt ook afgedongen op het argument dat niet-opeisbare huurtermijnen deel uitmaken van de hoofdzaak, zodat zij onder de hypotheek vallen en dus als deel van de hoofdzaak mee uitgewonnen worden.<sup>3</sup>

Waar het op aankomt in deze kwestie is, dat de hypotheekhouder beschermd geacht moet worden, omdat de bron van zijn recht om door vervreemding van het onderpand zijn verhaal te zoeken, ligt bij het moment van vestigen van de hypotheek. Heeft daarna cessie plaats, dan zal zij—ongeacht of deze voor termijnen vervallende na vervreemding geldig geacht moet worden—de hypotheekhouder onverschillig kunnen laten, hij behoeft zich er niet aan te storen. Hij is gerechtigd te verkopen het goed zoals het hem verbonden werd.<sup>4</sup>

Van Oven stelt in dit verband—hiervóór reeds aangehaald—dat hier het beginsel dat het goed ten verkoop *wordt* aangeboden in dezelfde staat als het zich ten tijde van het vestigen van de hypotheek bevond, onverkort toepassing vindt. Vervreemding van het onderpand doet aan dit recht van de hypotheekhouder niet af. Extensieve uitleg van het huurbeding, waardoor het zich zou kunnen uitstrekken tot het verbod van cessie van huurpenningen, zodat dit verbod zakelijke werking zou verkrijgen, acht ik met Van Oven niet vereist om toch de hypotheekhouder beschermd te weten tegen een na de hypotheek tot stand gekomen cessie. Voor de vraag naar de zakelijke werking van het verbod bestaat geen aanleiding; het verbod is overbodig.

De zojuist aangehaalde stelling van Van Oven kan echter niet ten einde toe worden gevolgd. Zou de hypotheekhouder de cessie bij uitwinning niet *kunnen* accepteren? Men moet het ervoor houden, dat hij dat recht wél heeft, evenals hij bij uitwinning een later zakelijk recht kan laten bestaan. Kwesties als deze laatste komen in Hoofdstuk V nader ter sprake bij de behandeling van de rechten van de hypotheekhouder in geval van uitwinning.

De vraag of de hypotheekhouder en zijn rechtsopvolger onder bijzondere titel gebonden zijn aan cessie van huurpenningen, moet echter anders worden benaderd indien men aanneemt, dat de cessie deel uitmaakt van de huurverhouding, hetgeen de Hoge Raad aanvaardt door haar te beschouwen als een nadere regeling van de betaling der huurtermijnen. Is dat het geval, dan zal de werking van art. 1612 zich ook hier doen gevoelen en zal de hypotheekhouder gebonden zijn, ook indien de cessie plaats had na het tot stand komen van de hypotheek. Strekt men aldus de werking van art. 1612 uit tot cessie der huurpenningen, dan mag men echter ook niet schromen dienovereenkomstig de werking van het beding van art. 1230 uit te breiden, zodat, indien het huurbeding gemaakt werd, de hypo-

1. In die zin van Lier, preadvies Not 1924, p 222

2. H. R. 15-4-1940, N. J. 1940, no 848. Vgl. i. z. toekomstige vorderingen ook H. R. 29-12-1933, N. J. 1934, p 343, W. 12732 en H. R. 13-2-1936, N. J. 1936, no 443

3. Zo versta ik het eerste deel van het betoog van Meijers, W. P. N. R. 2840. Geciteerd door Schermer-Eggens, p 179

4. In die zin versta ik per saldo Meijers in W. P. N. R. 2840, zie ook Asser-Van Oven, p 173

theekhouder en ook zijn rechtsopvolger beschermd zijn tegen de cessie op dezelfde wijze als tegen huur: door het zakelijk werkend huurbeding.

Ook indien het betreft cessie van huurpenningen uit een reeds vóór de vestiging van de hypotheek tot stand gekomen huur—een huur dus waaraan de hypotheekhouder gebonden is—zal, ook in de visie dat de cessie gerekend moet worden tot de huurverhouding en dus in principe ingevolge de werking van art. 1612 voor de hypotheekhouder bindend is, de hypotheekhouder die het huurbeding maakte beschermd zijn. Het huurbeding moet geacht worden ten behoeve van de hypotheekhouder de werking van art. 1612 uit te schakelen voorzover dat artikel huur meer dan zakelijke werking geeft. Dit betekent dat de parallel met de zakelijke rechten getrokken kan worden. Evenmin als nadelige wijzigingen in de voorwaarden van een voor de hypotheek tot stand gekomen erfpacht de hypotheekhouder op de blote eigendom kunnen worden tegengeworpen<sup>1</sup>, zullen nadelige wijzigingen in de huurverhouding kunnen worden tegengeworpen aan de hypotheekhouder die het huurbeding maakte.

In aansluiting hierop een opmerking over de inhoud van het huurbeding. Hierover is in het voorafgaande niets gezegd; de reden daarvan is gelegen in de gehele strekking van het betoog over de verhouding tussen huur en hypotheek, waarin ik tot uitdrukking wil brengen de 'neutraliserende werking' van het huurbeding.

Het huurbeding werkt algemeen; wordt zonder meer verhuur verboden of gebonden aan toestemming, dan betekent dit, dat de hypotheekhouder beschermd is tegen alle facetten van de huurverhouding. Niet hoeft al datgene wat is verboden uitdrukkelijk te worden opgesomd. Slechts indien de hypotheekhouder zich alleen tegen een bepaalde huurverhouding wil beschermen, kan hij dat tot uitdrukking brengen door een gespecificeerd huurbeding.

Een algemeen geformuleerd beding beschermt algemeen. De opsomming van art. 1230 lid 1 moet gezien worden als een enuntiatieve. In het zojuist besproken geval van een cessie van huurpenningen, zal een algemeen huurbeding in de hypotheekakte voldoende zijn om de hypotheekhouder te beschermen tegen cessie, ook wanneer deze betreft huurpenningen van een voor de totstandkoming van de hypotheek gesloten huurovereenkomst. Niet is vereist dat uitdrukkelijk een verbod van cessie van huurpenningen wordt opgenomen.

Andere regelmatig voorkomende verboden, zoals het verbod van 'iedere andere ingebruikgeving', moeten op eenzelfde wijze worden benaderd als hiervoor in eerste instantie aangegeven voor cessie van huurpenningen. Alleen de zuivere huurverhouding zal de hypotheekhouder moeten accepteren<sup>2</sup>, ingevolge de werking van art. 1612. Ook alleen daartegen zal hij zich door een afzonderlijk beding moeten beschermen, alleen dát beding hoeft zakelijke werking.

Overigens zou men zich kunnen afvragen of niet dergelijke verboden—en dan

1. Zie hiervoor hoofdstuk III, p. 65.

2. Vgl. in die zin Schermer-Eggens 4e druk, p. 204

kan ook nog aan allerlei andere ge- of verboden gedacht worden, zoals de verplichting tot verzekeren, de verplichting tot goed onderhoud enz.—aangemerkt kunnen worden als nadere bepaling van de inhoud van het betrokken recht van hypotheek<sup>1</sup>, zodat zij op die grond een opvolgend eigenaar zouden binden. Gezien de werking van de publikatie in ons zakenrechtelijk systeem als vereiste voor de geldigheid van een zakelijk recht, lijkt het voorshands moeilijk deze vraag positief te beantwoorden. Wij zouden eventueel argumenten moeten zoeken als: het is een onderdeel van de contractsverhouding, zoals bijv. bij cessie van een vordering aangenomen wordt, dat gegeven uitstel van betaling ook geldt ten opzichte van de cessionaris.

## 5 CONCLUSIE

Wat moet tenslotte de conclusie zijn ten aanzien van art. 1230 en art. 1612?

Van Oven<sup>2</sup>, wiens benadering van deze kwestie mij het meeste aanspreekt, trekt een tweeledige: a. de leer van de Hoge Raad—that de koper niet kan ageren—is onjuist; b. art. 1230 is overbodig, niet, zo zegt hij, 'omdat het, in de veronderstelling dat ter bereiking van het gewenste resultaat (bescherming van de hypotheekhouder R.) een huurbeding nodig is, daaraan zakelijke werking geeft, doch omdat die veronderstelling niet juist is'. Er is, naar zijn mening, geen apart artikel nodig om de hypotheekhouder tegen huur te beschermen.

Volgens Van Oven zou het artikel hoogstens nut kunnen hebben om het misverstand te vermijden, dat een hypotheekhouder bij executie toch een latere huur zou moeten accepteren. Met andere woorden: ter vermijding van het misverstand dat art. 1612 iets anders doet dan aan huur een zakelijk karakter geven.

Wat betreft punt a.: inderdaad is de mandaattheorie ten aanzien van de verkoop volgens art. 1223 2 onjuist, of het ook onjuist is om de koper het recht te ontzeggen tegen een huur in strijd met 1230 op te komen zal nog nader besproken worden.

Wat betreft punt b.: iure constituto is dit een aanvechtbare bewering. De historische gegevens spreken een zeer duidelijke taal. De samenhang tussen de beide artikelen is onmiskenbaar met name ook in de wordingsgeschiedenis. Zij stammen uit eenzelfde periode van wetgeving, het een ontstond naar aanleiding van het ander. De bedoeling en werking van art. 1612 is in dit kader uitdrukkelijk aan de orde geweest, de wetgever heeft het duidelijk zo gewild. Of hij zich ook bewust geweest is van de onaanvaardbare en onnodige afwijking van het zakenrechtelijk systeem? Ik geloof het niet.

De conclusie, welke Van Oven trekt staat op gespannen voet met de historie. Het valt overigens op dat ook Van Oven dubieert. Immers aanvankelijk<sup>3</sup> schijnt hij

1 Vgl. Asser-Scholten, p. 507 spreekt over element van het hypotheekrecht.

2 Asser-Van Oven, p. 170/1.

3 Asser-Van Oven, p. 166 midden.

de historische interpretatie als onvermijdelijk te accepteren, om vervolgens toch art.1230 overbodig te verklaren<sup>1</sup>, omdat naar zijn mening reeds wanneer men het systeem van ons zakenrecht en het doel van het hypotheekrecht voor ogen houdt, duidelijk is, dat huur geen afbreuk mag doen aan de rechten van de hypotheekhouder. Dit is juist, maar de wetgever heeft het willen bereiken langs een andere weg.

Wat verder<sup>2</sup> laat Van Oven volgen: als men art.1230 zó interpreteert, dat het de gevolgen van art.1612 voor zoveel nodig ecarteert, zodat huur terugkeert in het normale schema van belasting van onroerend goed, ontstaat een resultaat dat past in het rechtssysteem.

Dit is niet geheel consequent, wanneer men art.1230 overbodig acht. Van tweeën één: of het artikel is overbodig, of het is dat niet.

Het is echter—that moet worden toegegeven—in dit geval mogelijk om de kool en de geit te sparen.

Immers, acht men art.1230 niet overbodig, maar interpreteert men het artikel in combinatie met art.1612 zó, dat huur ingevolge het huurbeding ten opzichte van de hypotheekhouder wordt als een zakelijk recht, dan wordt eenzelfde resultaat verkregen als wanneer wij—art.1612 beperkt interpreterend—stellen dat art. 1230 overbodig is, omdat de hypotheekhouder toch niet te kort gedaan kan worden door huur. In beide gevallen is het zakenrechtelijk systeem hersteld en kan een bevredigende oplossing verkregen worden voor een aantal problemen waar-toe art.1612 en art.1230 aanleiding geven.

Wat de keuze betreft meen ik de historische gegevens niet terzijde te kunnen schuiven. Voor ons huidige recht moet geconcludeerd worden dat art.1230 ten doel heeft huur ten opzichte van de hypotheekhouder terug te brengen tot een zakelijk recht, of zo men wil, tot een recht met zakelijke inslag, in ieder geval tot een recht dat past in het zakenrechtelijk systeem.

Daarbij dient uitdrukkelijk te worden aangetekend, dat de wetgever op deze wijze een onnodige en ongewenste omweg bewandelt. De ontwerper van nu, van het nieuwe B.W., zal dit niet nog eens zo mogen doen.

Dit brengt ons uiteraard op de vraag wat het derde boek van het Ontwerp-B.W. zegt over deze materie.

## 6. DE REGELING IN HET ONTWERP-B.W.

Bij analyse van de verhouding van hypotheek en huur in het Ontwerp-B.W., doet zich de moeilijkheid voor, dat Meijers niet aan de bijzondere overeenkomsten is toegekomen. Ook zijn opvolgers zijn tot op heden niet met een ontwerp voor dat onderdeel gereed gekomen. Een beginselverklaring in de vorm van een vraagpunt bestaat evenmin. Omtrent de regeling van huur in het Ontwerp-B.W. is dus nog niets bekend.

1. Asser-Van Oven, p.170 onderaan.

2. Asser-Van Oven, p.171 midden

De gegevens voor ons onderwerp beperken zich tot de bepalingen van de vierde afdeling van Titel 9 van Boek 3. Voor het overige zal de toelichting opheldering moeten geven.

Centraal staat art.3.9.4.8., de nieuwe uitgave van art.1230 lid 1.<sup>1</sup> Het nieuwe artikel komt voor een groot deel overeen met het huidige. De werking is enigszins uitgebreid—ook cessie en verpanding worden genoemd—voorts is de formulering van het artikel aangepast aan de terminologie van het Ontwerp-B.W.

Een belangrijk nieuw element is opgenomen in het slot, waar is bepaald, dat het huurbeding, na de uitwinning, ook door de koper kan worden ingeroepen. Zowel de handhaving van de essentie van art.1230 lid 1, als de toevoeging van het recht voor de koper, roepen vragen op.

Aan de rechten van de koper wordt in het volgende hoofdstuk afzonderlijk aandacht geschonken. Thans is aan de orde de vraag waarom het ontwerp-B.W. de bepaling van art.1230 lid 1 handhaaft.

De handhaving van het huurbeding kan moeilijk anders verklaard worden dan uit de—weliswaar onuitgesproken—vooronderstelling van de ontwerper, dat ook de bepaling van art.1612 zal terugkeren met eenzelfde uitleg als thans nagenoeg algemeen wordt aanvaard.<sup>2</sup>

Voor deze huidige uitleg is thans een acceptabele grond aan te voeren, zoals in het voorgaande bleek: de historische interpretatie, de uitdrukkelijke mening uit de parlementaire geschiedenis. Daar staat echter tegenover dat Meijers—eveneens voor het huidige recht—een volledige parallel trok tussen huur in strijd met het beding van art.1230 B.W. en een later zakelijk recht. Naar zijn mening zijn beide voor de hypotheekhouder gelijk. De hypotheekhouder behoeft noch het latere zakelijk recht, noch de huur gesloten in strijd met een huurbeding te accepteren.

Is er enige reden aan te voeren, waarom in een nieuw ontwerp dat het gehele B.W. omvat—en zelfs wanneer het alleen een ontwerp hypotheekrecht betreft—hoeft dit niet strikt noodzakelijk anders te zijn<sup>3</sup>—wederom deze wonderlijke weg moet worden bewandeld? Moet wederom een artikel worden opgenomen als art. 1612 dat huur zakelijke werking geeft, maar in verhouding tot hypotheek meer schijnt te bewerken, en dat wat dit laatste betreft door een andere regel weer moet worden gecorrigeerd? Waarom zou niet rechtstreeks een helder en consequent systeem kunnen gelden? Dat wil zeggen zonder de te ver strekkende uitleg van art.1612 en zonder de mogelijkheid van een huurbeding? Nergens gebiedt ons civielrechtelijk systeem deze uitleg van de regel: 'koop breekt geen huur'; slechts de historie, of zo men wil: de aanwezigheid van art.1230 lid 1, nopen ertoe. Op geen enkel ander punt dan bij hypotheek speelt de extra sterke werking van huur.

1. Terecht noemt de toelichting op p.285 het tweede lid (thans is dit lid 3) overbodig.

2. Vgl. in die zin De Bruijn, R. M. Themis 1961, p.138

3. Ook in een beperkt opgezette herziening zou het mogelijk zijn, bijv. in de toelichting, art.1612 'beperkt' uit te leggen.

Behalve bij art.505 Rv. waar zich een parallelle situatie voordoet, met soortgelijke problemen

De handhaving van deze afwijking van het normale zakenrechtelijke systeem zou bij huur mogelijk verdedigd kunnen worden door te stellen, dat de huurder zodanig beveiligd moet zijn, dat hij in principe beschermd is tegen executie, ongeacht op welke grond deze plaatsheeft, en ongeacht het moment, waarop zijn huurrecht is ontstaan, en dat hij slechts ten gevolge van een apart beding kan worden achtergesteld

Daardoor komt men echter duidelijk in strijd met het zakenrechtelijke systeem, en ook met de praktijk, waar een hypotheekakte zonder huurbeding voor zover mij bekend, niet voorkomt De praktijk stelt er prijs op de hypotheekhouder de rechten te geven, die hem gezien ons zakenrechtelijk systeem toekomen

In de toelichting op art.3 9.4 8 zoekt men tevergeefs naar een verklaring Slechts wordt medegedeeld, dat art 3 9 4 8. strekt ter vervanging van art 1230<sup>1</sup>

Een zekere aanwijzing geeft de toelichting echter wel Zij verwijst naar het Ontwerp-1929 Een dergelijke verwijzing komt ook voor in de algemene opmerking welke aan de artikelsgewijze toelichting van afdeling 4, voorafgaat <sup>2</sup>

Meijers stelt daar, dat zijn ontwerp ten aanzien van het hypotheekrecht grotendeels overeenstemt met het Ontwerp-1929 Hierin kan wellicht een verklaring worden gevonden voor het feit dat hij zonder toelichting stilzwijgend uitgaat van het huidige huurbegrip, want het Ontwerp-1929 sloot op zijn beurt op vele punten aan bij het Ontwerp-1916 Met name was dit het geval voor de regeling van het huurbeding Evenals in het huidige ontwerp en in het Ontwerp-1929, werd ook in het Ontwerp-1916 het huurbeding gehandhaafd Dat laatste is begrijpelijk Immers het Ontwerp-1916 betrof slechts de bepalingen omtrent de eigendomsoverdracht van onroerende goederen en schepen en de vestiging van rechten van hypotheek en scheepsverband Het overige bleef onaangeroerd Het is daarom te begrijpen dat de ontwerpers uitgingen van de bepalingen omtrent huur en de daarvoor geldende uitleg Ofschoon dit niet noodzakelijkerwijs zo behoefde te zijn Er echter eenmaal van uitgaande, dat art 1612 met de daaraan toegeschreven werking ongewijzigd zou blijven bestaan, hadden zij geen andere keus dan art 1230—zo mogelijk in verbeterde versie—te handhaven

Dit komt neer op het hiervoor aan Meijers voor het huidige ontwerp toegeschreven uitgangspunt

Was dit in 1906-1916 een aanvaardbaar—zij het niet geheel onvermijdelijk—uitgangspunt, bij het huidige ontwerp liggen de kaarten anders. Wat zou de ontwerper verhinderen af te rekenen met de tot heden meest gevolgde uitleg van art 1612, om dan ook de correctie daarop te laten vervallen?

Naar mijn mening heeft Meijers zich op dit punt te veel laten leiden door de inzichten van de commissie-Limburg, die zich op haar beurt baseerde op een ontwerp met een duidelijk beperkte strekking Dit heeft Meijers verhinderd deze

1 Toelichting p 285

2 Toelichting p 282

materie vanuit zijn eigen zuiver inzicht te benaderen en te regelen op heldere, doorzichtige wijze, passend in het zakenrechtelijk systeem.

Resumerend kan gezegd worden, dat in het Ontwerp-B.W. het huurbeding zonder bezwaar kan vervallen. Slechts moet de regel 'koop breekt geen huur' worden geïnterpreteerd zonder dat het zakenrechtelijk systeem geweld wordt aangedaan.



# V. Rechten van hypotheekhouder en koper bij uitwinning

## 1. INLEIDING

Meerdere malen kwam in het voorafgaande ter sprake het recht van de hypotheekhouder zich bij uitwinning te verhalen op het goed zoals het hem verbonden werd. Dit recht geldt ten aanzien van persoonlijke rechten, zowel als ten aanzien van latere zakelijke rechten op hetzelfde goed verleend en gevestigd.

Aangaande het recht van huur dat door zijn speciale karakter een enigszins vreemde eend in de bijt is, kwamen wij tot de conclusie, dat door het beding van art.1230 huur zo veel mogelijk wordt opgenomen in het normale kader van het systeem van zakelijke rechten. Bij de volgende bespreking wordt met betrekking tot huur in strijd met een beding van art.1230 van deze conclusie uitgegaan.

Kwam het recht op 'integrale uitwinning' meerdere malen ter sprake, impliciet werd er daarbij—met name bij de bespreking van de vraag of uitwinnen zonder rekening te houden met persoonlijke rechten op het goed, of zonder rekening te houden met latere zakelijke rechten op het goed, onrechtmatig kan zijn—reeds van uitgegaan dat de hypotheekhouder bij uitwinning niet noodzakelijkerwijze behoeft te verkopen wat hem werd verbonden, dat hij niet noodzakelijkerwijze volledig van zijn recht gebruik behoeft te maken.

Terloops werd er echter eveneens op gewezen, dat, hoewel er in grote lijnen eenstemmigheid bestaat over wat zojuist werd genoemd 'het recht op integrale uitwinning', niet duidelijk naar voren komt hoe deze kwestie gezien moet worden.

Met name is in de literatuur niet duidelijk of het verhaal door de uitwinnende hypotheekhouder in principe in ieder geval impliceert een verkoop van het goed zoals het de hypotheekhouder werd verbonden, of dat de hypotheekhouder de 'nietigheid' van het te negeren recht moet invoeren. Herhaaldelijk vindt men gesproken over het invoeren van nietigheid, als zou de hypotheekhouder, wanneer hij ten volle van zijn recht gebruik wenst te maken, het latere recht moeten vernietigen, terwijl daarnaast wel gesteld wordt, dat de hypotheekhouder die zich verhaalt, dat doet op het goed zoals het hem werd verbonden. Dat laatste wordt dan tevens gebruikt als argument voor de stelling dat ook de koper in veiling het recht heeft zich op de nietigheid van het betrokken recht te beroepen.<sup>1</sup>

1. Enige lit. naar aanleiding van de vraag of de koper een beroep op het huurbeding kan doen, De Bruyn R.M. Themis 1961, p.127 e.v.; Van Lier preadvies Not.1924, p.250/251; ja, want huur in strijd met het beding van art. 1230 is ook in strijd met het eigendomsrecht zoals het door de koper bij executie verworven is. De hypotheekhouder die het beding van art.1230 maakte verkoopt vrij van huur of met een beperkte huur. M.i. is dat wat Van Lier stelt nu juist een vraag; verkoopt de hypotheekhouder wel zó?

Flug, preadvies Not.1924, p.155: alleen de hypotheekhouder heeft een beroep.

Van Nierop, p.164/165: volgt men de mandaattheorie dan kan de koper geen beroep doen, volgt men de opvatting dat de executie krachtens eigen recht geschiedt, dan is de koper gerechtigd tot beroep ingevolge art.1354. Vgl. Diephuis VII, p. 497

De bewering dat de hypotheekhouder een beroep moet doen en de stelling dat uitgewonnen wordt wat werd verbonden, kunnen slechts dan beide juist zijn, wanneer men ervan uitgaat dat uitwinnen juist betekent dat er een beroep op de nietigheid wordt gedaan, hetgeen toch wel een vreemde redenering mag heten. Bovendien blijkt uit de betrokken passages, dat dit inderdaad niet zo wordt gezien. Immers, in de reeds meer aangehaalde passage bij Van Oven inzake latere zakelijke rechten<sup>1</sup> lezen we, dat de hypotheekhouder de nietigheid *kan* inroepen van latere zakelijke rechten, als staat het hem vrij dit al dan niet te doen, terwijl Van Oven vervolgt: 'Kan de koper het ook? Het wordt algemeen aangenomen.' Vergelijk bovendien de passage betreffende het door meerderen besproken geval waarin een goed is belast met een eerste en een tweede hypotheek en vervolgens met een zakelijk genotsrecht.<sup>2</sup> Daar worden moeilijkheden gezien wanneer de eerste hypotheekhouder: '... er geen belang bij heeft de nietigheid in te roepen'. Welnu een dergelijke gedachtengang kan slechts steunen op de opvatting dat wanneer de nietigheid niet wordt ingeroepen, het latere zakelijke recht blijft bestaan. Zou uitwinning in ieder geval impliceren de verkoop van het goed zoals het werd verbonden, dan zou zich geen probleem voordoen: het latere zakelijke

Land III, p 385 ook bij executie gezien als verkoop krachtens eigen recht heeft de koper geen beroep, immers hij krijgt niet de rechten van de crediteur maar hij volgt op in de eigendom van de hypotheekgever en art 1612 dwingt hem de huur te erkennen

Scholten W P N R 2231 Koper volgt de debiteur op in zijn recht, maar alleen voorzover dit o v de crediteur geldig bestond Maakt men zich van de volmacht-gedachte los, dan zijn er twee belangrijke punten die tot hun recht moeten komen,

a verkocht wordt het recht op de zaak van de debiteur, maar de crediteur doet het, er is opvolging van beiden,

b het recht dat de koper in veiling verkrijgt is in het algemeen identiek met dat van de vorige eigenaar, maar voorzover dat recht voor de crediteur-hypotheekhouder gold

Volgt men dat, dan kan natuurlijk de koper een beroep doen tenzij de hypotheekhouder op enigerlei wijze de huur accepteerde, uitdrukkelijk of stilzwijgend, dit niet omdat koper in het niet meer bestaande hypotheekrecht is opgevolgd, maar omdat hij in de eigendom is opgevolgd zoals de hypotheekhouder hem die overdroeg, zoals die dus dat recht had te aanvaarden Vlg Scholten heeft dit niets van doen met art 1438 2

M i wordt ook hier uitgegaan van iets wat juist de vraag is heeft de hypotheekhouder wel zo verkocht Zie ook Asser-Scholten, p 502 de hypotheekhouder wint uit vrij van later gevestigd vruchtgebruik Vgl ook de kritiek op het arrest-Kaal-Hoefnagels, H R 30-5-1924, N J 1924, 839, W 11 256, wegens de onaantvaardbare consequentie dat de koper ook geen recht zou hebben nietigheid in te roepen van een later zakelijk recht o a Meijers, W P N R 2840, Van Nierop, p 164 e v Sgar-Busman noot W 11256, De Bruijn, W P N R 4833, Asser-Van Oven p 167/8, zie voorts kritiek van Hofmann p 500, Asser-Scholten, p 504, Schermer-Eggens, p 181, Pitlo, Zakenrecht p 419/420

Bedoelt Leopold, preadvies N J V 1930, p 33/34, dat geen enkel later recht wordt geaccepteerd, wanneer hij over Meijers (W P N R 2840) zegt, dat deze zich volgens hem, Leopold, aansluit bij de juiste opvatting van Van Lier (preadvies 1924) dat de koper kan opkomen tegen de in strijd met art 1230 gemaakte bedingen, daar deze strijden met het eigendomsrecht 'gelijk dit door de koper bij executie of verkoop krachtens art 1223 2 gekocht is' en dat de hypotheekhouder die het beding maakte vrij van huur verkoopt?

Inderdaad trekt Meijers de parallel tussen huur i s m art 1230 en latere zakelijk rechten, en het komt mij voor, dat indien men de koper het recht geeft op te komen tegen latere zakelijke rechten het argument inderdaad zal zijn de hypotheekgever heeft verkocht zoals hij verkreeg in onderpand

Met deze gedachtengang van Van Lier c s kan ik meegaan, wat betreft de fundering van een eventueel recht van de koper Maar het is nu juist de vraag of de hypotheekhouder zo verkocht Dit is geen vooraf uitgemaakte zaak, alsof het niet anders kan

1 Asser-Van Oven, p 170.

2 Asser-Van Oven, p 164

recht zou juist niet blijven bestaan en de tweede hypotheekhouder zou ook geen moeilijkheden kunnen ondervinden Voorts kan in dit verband nog gewezen worden op hetgeen Van Oven bij de behandeling van art 1230 zegt over vooruitbetaling en cessie van huurpenningen (zie hiervoor pp 85 en 103)

Zo komen enige vragen voor afzonderlijke bespreking in aanmerking

Hoe liggen de rechten van de hypotheekhouder bij uitwinning, moet hij ageren wil een recht dat bij het zijne dient achter te staan genegeerd kunnen worden, of wordt het recht zonder meer genegeerd?

Indien het recht niet zonder meer genegeerd wordt, hoe moet de hypotheekhouder dan te werk gaan indien hij voornemens is te negeren en wat staat hem te doen indien hij het betrokken recht wil respecteren?

Daarop aansluitend kunnen de rechten van de koper besproken worden

## 2 RECHTEN VAN DE HYPOTHEEKHOUDER

In verband met het recht van de hypotheekhouder op verhaal van het goed, zoals het hem werd verbonden, worden latere zakelijke rechten wel gekwalificeerd als 'relatief nietig'<sup>1</sup> Het relatieve moet daarin worden gezocht, dat het betrokken recht slechts aan de hypotheekhouder niet kan worden tegengeworpen, maar overigens volledig van kracht is

De stelling dat hier geen sprake is van absolute nietigheid is juist, maar het verdient aanbeveling dit niet tot uitdrukking te brengen door te spreken over relatieve nietigheid. Zou niet veeleer de in de Vlaamse rechtstaal voorkomende term 'niettegenstelbaarheid' aangeven wat hier aan de hand is? De latere zakelijke rechten kunnen de hypotheekhouder niet worden tegengeworpen, zij kunnen wel bestaan op het moment van de uitwinning, vanwege het bijzondere karakter van het hypotheekrecht dat gedurende de rit het gebruik van het genot van het verbonden goed ongemoeid laat De hypotheekhouder kan de rechten echter negeren, hij kan verkopen als ware het goed niet belast

De term 'relatieve nietigheid' heeft het bezwaar dat er nauwkeurigheid bij moet worden vermeld wat 'relatief' in het onderhavige geval betekent

De termen 'een beroep doen op de nietigheid', 'de nietigheid inroepen' of 'vernietigen' hebben bovendien alle het bezwaar dat zij suggereren dat de hypotheekhouder een speciale handeling moet stellen, een exploit zou moeten uitbrengen of een verklaring zou moeten richten tot de rechthebbende, hetgeen, naar hierna wordt besproken, niet het geval is<sup>2</sup> Bovendien zal men—als men al een

<sup>1</sup> Vgl. bijv. Leopold, preadvies N J V 1930, p 35, Eggens, Themis 1921, p 207 e v., met name de conclusie p 231 Zij stellen dat de rechten relatief nietig zijn, d w z geldig voorzover niet in strijd met de belangen van de hypotheekhouder Zie ook Schermer-Eggens p 172 noot 2 Vgl. ook Meijers, W P N R 2840, Asser-Van Oven, p 168

<sup>2</sup> Eggens in Themis 1921, p 218 e v. stelt dat het kwestieus is of de koper in een veiling krachtens art 1223 2 een beroep kan doen tegen huur en dat de oorzaak gelegen is in het feit dat de nulliteiten niet systematisch zijn behandeld

van deze termen wil gebruiken—crop bedacht moeten zijn, dat de 'nietigheid' in ieder geval ex nunc en niet ex tunc werkt.

Zou de term 'niettegenstelbaarheid' niet veel beter aangeven wat hier geschiedt? En is zij bovendien niet ook beter in overeenstemming met de regel dat de hypotheekhouder latere zakelijke rechten mag 'negeren'. Als de hypotheekhouder ten volle van zijn recht gebruik maakt—of dit altijd het geval is komt nog ter sprake—zal het goed dat hij verkoopt van het betrokken recht worden ontlast. Met nietigheid heeft dit niet direct iets van doen, het recht regardéert de hypotheekhouder niet, al wil hiermede niet gezegd zijn, dat het niet in overeenstemming is met het meest gehanteerde taalgebruik in de onderhavige materie om over relatieve nietigheid te spreken.

Hoe oefent de hypotheekhouder zijn recht op 'integrale uitwinning' uit? Hier ligt de belangrijkste vraag. Impliceert verhaal door de hypotheekhouder uitoefening van dat recht en kan het niet anders? Anders gezegd: moet de hypotheekhouder verkopen wat hem verbonden werd? Verkoopt hij, laten wij gemakshalve zeggen: onbelast goed, of kan hij ook iets anders verkopen, laten wij gemakshalve zeggen: belast goed.

Een reden om te stellen dat verhaal *plaats heeft* op het goed zoals het werd verbonden, is niet zo gemakkelijk aan te voeren. Dit zou een sequeel moeten zijn van het recht van hypotheek; een eigenschap aan dat recht inherent. De stelling wordt ook niet consequent in alle daarvoor in aanmerking komende gevallen geponeerd. Slechts incidenteel treft men haar aan. Dit moge uit het voorafgaande duidelijk gebleken zijn.

Het zou misschien kunnen volgen uit het feit dat de wet spreekt over hypotheek als een recht om zich bij voorrang te verhalen op het verbonden goed; maar dan ook alleen op het verbonden goed, op niets méér, maar vooral ook op niets minder, zo zou men de regel kunnen vervolgen. Deze grond spreekt niet aan en er is geen steun voor te vinden, tenzij het hoogst dubieuze beroep op de wettekst. Een andere grond zou ik niet kunnen aanvoeren en treft men ook niet aan in de literatuur. Slechts de stelling: er wordt verkocht wat werd verbonden, vindt men, niet de fundering.

Tenzij het tegendeel blijkt, zoals bijv. in art.3.9.4.21, is niemand verplicht van zijn rechten gebruik te maken, men kan afstand doen van zijn recht. Pitlo drukt het aldus uit: 'Natuurlijk staat het de hypotheekhouder vrij te eigen detrimente het latere recht te respecteren. Niemand is verplicht van zijn rechten gebruik te maken.'<sup>1</sup> Voor het huidige recht blijkt nergens uit dat dit voor een hypotheekhouder anders zou zijn. Dit standpunt moet worden onderschreven.

Meer is dus te zeggen voor de stelling, dat de hypotheekhouder zich *mag* verhalen op het goed zoals het hem werd verbonden.

Bedoelen zij die beweren, dat bij uitwinning het onderpand ten verkoop wordt

aangeboden in de staat waarin het werd verbonden, te zeggen dat normale uitwinning juist beteként dat de hypotheekhouder ten volle van zijn rechten gebruik maakt?<sup>1</sup> Dat is twijfelachtig. Immers ware dat het geval, dan zou men mogen verwachten, dat, indien gevallen besproken worden waarin de hypotheekhouder niet ten volle van zijn rechten gebruik maakt, ook blijkt dat zulks afwijkt van het normale patroon. Dat hier van een afwijking sprake zou zijn blijkt echter nergens uit. Uittalingen als 'geen belang hebben bij inroepen van nietigheid' duiden eerder op het tegendeel.<sup>2</sup>

Zou men—er terecht van uitgaande dat uitwinning niet zonder meer betekent verkoop van het goed in de staat waarin het werd verbonden—de gehele kwestie niet veeleer zo moeten zien dat de hypotheekhouder, indien hij zijn verhaal zoekt en het onderpand wil verkopen, zal moeten aangeven wat hij verkoopt.<sup>3</sup> Daarmede zou de gehele kwestie zijn opgelost, voor latere zakelijke rechten zowel als voor huur.

Wanneer bij de verkoop niets bijzonders wordt vermeld, kan dat niet anders betekenen dan dat het goed wat wordt verkocht ten volle wordt verkocht, en dat latere zakelijke rechten worden genegeerd. Zo zal, indien zonder meer wordt verkocht een bepaald huis, zonder dat vermeld wordt, dat het is belast met bijvoorbeeld een erfdiensbaarheid of enig ander zakelijk genotsrecht, de volle eigendom worden verkocht. Slechts zakelijke rechten op het goed gevestigd voordat de hypotheek tot stand kwam, zullen het goed aankleven. Belieft men dit te beschouwen als een beroep op de nietigheid, dan kan men daar eventueel vrede mee hebben, een duidelijke wijze van uitdrukken kan het echter niet genoemd worden.

Op dezelfde wijze kan geredeneerd worden wanneer het betreft een huur aangegaan in strijd met het beding van art.1230. Wordt onverhuurd verkocht, dan zal dat betekenen dat de hypotheekhouder ten volle van zijn recht gebruik maakt. Hiertoe is voldoende dat niet in de veilingbedingen wordt vermeld dat een verhuurd goed wordt verkocht. Ten aanzien van cessie van huurpenningen kan eveneens deze redenering gevolgd worden, evenals voor andere door de eigenaar verrichte rechtshandelingen.

In de veilingbepalingen zal een en ander tóch tot uitdrukking moeten komen.<sup>4</sup> De hypotheekhouder kan nu eenmaal niet in het midden laten wat hij verkoopt, een belast of een onbelast goed, een verhuurd of een onverhuurd goed. Zou men

1. Zie op p.111 het laatste deel noot 1 van p. 110, waar Leopold wordt aangehaald.

2. Asser-Van Oven, p.164.

3. Enigszins andere benadering:

Meijers in noot op het meergenoemde arrest H.R.15-3-1940, N.J.1940, 848: alleen in geval het betrokken recht aan de executant bekend is, kan in veilen zonder protest misschien een acceptatie worden gezien. Vgl. ook Leopold, preadvies, N.J.V.1930, p.35.

Schermer-Eggens, p.178: (citaat Themis 1921) 'Hypotheekhouder moet bij de executie laten blijken wat hij niet wil erkennen'.

4. Uitdrukkelijk verwijst ik naar het gestelde in noot 3. Vgl. in zake de veilingbedingen ook Köster in noot op het arrest Viruly-Kindt, A.A.XIV, 8 p.218, tweede kolom.

—wat veel voorkomt—vrijwaring zo veel mogelijk uitsluiten, dan mag daarin niet gezien worden een respecteren van het latere zakelijke recht, een afzien van het recht het volledige onderpand uit te winnen.

Van een accepteren van het latere zakelijke recht of van de huur in strijd met een huurbeding, kan eerst gesproken worden, indien in de veilingsbepalingen wordt vermeld dat het goed verkocht wordt 'belast met ...', of 'verhuurd'. Wanneer niet uit de veilingbedingen blijkt dat het goed belast is of verhuurd, moet men ervan uitgaan dat het ten verkoop aangeboden onderpand ten volle wordt verkocht en daarmee de latere rechten worden genegeerd.

Daarmede is ook ondervangen het probleem dat Meijers in dit verband opwerpt.<sup>1</sup> Hij merkt op, dat indien de koper geen recht heeft zich te beroepen op het huurbeding en slechts de uitwinnende hypotheekhouder dat recht heeft, moeilijkheden kunnen ontstaan met betrekking tot door de eigenaar verrichte handelingen—Meijers noemt cessie en afstand van huurpenningen—welke de hypotheekhouder niet kent. Deze zal hij—als wij de gedachtengang mogen afmaken—dus niet kunnen vernietigen; zodat de koper eraan gebonden zal zijn indien deze niet zelf een recht heeft om zich op de nietigheid te beroepen.

Meijers' vrees is ongegrond. Immers bepalen de veilingbedingen slechts dat het goed verhuurd is, maar niet dat de huurpenningen zijn gecedeerd of dat afstand van huurpenningen is gedaan, dan zal verkocht worden een goed dat weliswaar verhuurd is, doch waarvan de huurpenningen vervallende vanaf de uitwinning door de koper kunnen worden geïnd. Bij vooruitbetaling van huurpenningen zal hetzelfde gelden.<sup>2</sup>

Verdere formaliteiten dan het zich uitdrukken in de veilingsbepalingen zijn niet vereist; voldoende is dat de hypotheekhouder duidelijk zijn standpunt te kennen geeft; door duidelijke en volledige veilingsbepalingen is daaraan voldaan.<sup>3</sup> Rechterlijke tussenkomst is niet vereist.<sup>4</sup>

Wat dit laatste betreft zou men kunnen twijfelen met betrekking tot het huurbeding. Gesteld zou kunnen worden dat het voorgaande betoog wellicht aan-

1 Vgl. Meijers in genoemde noot. Hij noemt de uitslag en standpunt van de H. R. weinig bevredigend, immers de schuldenaar kan afstand, cessie van huurpenningen doen, als hij maar zorgt dat het voor de executant verborgen blijft. De H. R. is volgens Meijers gecharmeerd geraakt van Van Brakels ideeën, dat de executant tijdig de nietigheid moet inroepen.

2 Asser-Van Oven, p. 172.

3 Vgl. ook Koster in noot op Viruly/Kindt in A. A. XIV 8, p. 218, tweede kolom.

4 Formaliteit of tussenkomst van de rechter is niet vereist. H. R. 15-3-1940, N. J. 1940, no. 848, Hof Den Haag, 27-10-1930, N. J. 1931, p. 360, W. 12374 Rb. Maastricht, 3-1-1924, W. 11162. Vgl. ook H. G. Hof Batavia, 10-6-1937. Ind. Tijdschrift v. h. Recht 145, p. 744. Beroep op huurbeding behoeft niet gepaard te gaan met vordering tot nietigverklaring, Leopold, Preadvies N. J. V. 1930, p. 37, De Bruijn, R. M. Themis 1961, p. 125 impliciet, Pitlo, 4 p. 452, Eggens, Themis 1921, p. 220/221, Schermer-Eggens, p. 178 (citaat Themis 1921), Van Lier, Preadvies Not. 1924, p. 252.

Als geen vonnis vereist is kan men in ieder geval ook niet vastlopen op art. 1954 dat de koper misschien een beroep zou verhandelen.

Vgl. nog de onjuiste uitspraak Ktr. Eindhoven, 26-2-1953, N. J. 1954, no. 325, W. P. N. R. 4497. Huur i. s. m. art. 1230 blijft in stand tot nietigheid is gevraagd en uitgesproken. Ktr. Nijmegen, 11-11-1966, N. J. 1967, no. 463 verklaarde zich onbevoegd tot kennisneming ter zake.

vaard kan worden voor latere zakelijke rechten, doch niet voor huur, aangezien tegen huur een aparte bescherming geldt door middel van een afzonderlijk beding. Deze redenering kan echter moeilijk worden gevolgd, waar hiervoor gesteld is dat het huurbeding tot gevolg heeft dat huur ten opzichte van de hypotheekhouder wordt als een zakelijk recht. Een uitzondering op die regel is onnodig. Voor huur in strijd met een huurbeding zal dus op dit punt eenzelfde oplossing gekozen moeten worden als voor een later zakelijk recht.

In het voorgaande ligt tevens opgesloten het antwoord op de vraag wanneer de hypotheekhouder zijn rechten kan laten gelden. Zodra hij gaat uitwinnen. Zolang dat niet het geval is dient er rust te heersen. Of de eigenaar van het onderpand en diens wederpartij het risico willen lopen te zijner tijd geconfronteerd te worden met een hypotheekhouder die het betrokken recht negeert, is hun zaak, maar dat risico mag eerst acuut worden bij executie. Dan pas heeft de hypotheekhouder belang.<sup>1</sup> Maar, zo zal men tegenwerpen, is de hypotheekhouder niet gerechtigd ervoor te waken, dat het onderpand in goede staat blijft?<sup>2</sup>

Voorzover dit de juridische status van het goed betreft behoeft geen enkele vrees te bestaan, noch voor huur noch voor zakelijke rechten, de hypotheekhouder kan deze rechten eenvoudigweg negeren.

Voorzoveel betreft de feitelijke status zou het bezwaar reëel kunnen zijn. Feitelikheden kunnen nu eenmaal niet worden genegeerd en herstel in de oude toestand zal hier veelal een ijdele eis zijn; de hypotheekhouder is in feite gedwongen te accepteren. Hem staat slechts art. 1307 ten dienste. Het zou echter kunnen zijn dat de achteruitgang in kwaliteit van het onderpand, te wijten is aan verhuur. Maar even zo goed kan dat gebeuren bij een andere wijze van in gebruik geven dan huur. Een verbod van verhuur (afgezien van art. 1612 etc.) en iedere andere wijze van ingebruikgeving is dus wel begrijpelijk. Een dergelijk verbod moet echter gezien worden in hetzelfde vlak als de ook in iedere akte voorkomende bepaling, dat de eigenaar verplicht is het onderpand goed te onderhouden. Het een is de hypotheekgever/eigenaar verboden, tot het ander is hij gehouden. De juiste sanctie op overtreding van gebod of verbod, moet worden gezocht in opeisbaar stellen van de schuld. Niet in een optreden tijdens de rit.<sup>3</sup>

*Ontruiming.* Gaat de hypotheekhouder eenmaal uitwinnen, dan mag hij het volledige hem verbonden onderpand verkopen. Is de hypotheekhouder ook gerechtigd

1. Vgl. Leopold, preadvies N.J.V.1930, p.37 '... dit alles deert de hypotheekhouder niet, indien hij maar, zoodra hij het pand uitwint, op eenvoudige wijze al die waardeverminderende factoren opzij kan schuiven en het goed aan het publiek kan aanbieden op een zoodanige wijze, dat de koper daarvan het genot kan krijgen, dat de hypotheekhouder had kunnen hebben, als hij het gekocht had op het ogenblik dat hem de hypotheek verleend werd.'

Vgl. ook de vonnissen waarbij de hypotheekhouder een actie tot ontruiming wordt ontzegd zolang er geen executie aanstaande is (noot 2, p. 117).

2. Zie ook De Bruijn, R.M. Themis 1961, p.105 e.v. en bijv. Eggen in Themis 1921, p.212/213: art.1307 is de remedie.

3. Onjuist in dit verband: Rb. Amsterdam, 2-2-1922, W.11099, die de hypotheekhouder een beroep tegen de huur ontzegde, omdat hij door stil te zwijgen toen de huur a.s. was, zijn recht op beroep verloren zou hebben. Terecht vernietigde het Hof dit vonnis op 15-12-1922, N.J.1923, p.510; W.11110.

ontruiming te vorderen van een in strijd met het huurbeding verhuurd goed? Het wordt veelal aangenomen.<sup>1</sup> Daarbij wordt soms de restrictie gemaakt, dat ontruiming slechts d n gevorderd kan worden wanneer de uitwinning op handen is.<sup>2</sup> Alleen op dat moment heeft de hypotheekhouder belang, zegt men.<sup>3</sup>

Indien men de ontruimingsvordering al wil toelaten is deze restrictie zeker op haar plaats. Het is echter de vraag of niet het recht tot ontruiming aan de hypotheekhouder moet worden ontzegd.<sup>4</sup> Waarop zou zijn recht in deze steunen? Hij heeft het recht om 'onverhuurd' te verkopen. Dat is echter niet hetzelfde als het recht om 'vrij van bewoning en ontruimd' te verkopen. Het recht om onverhuurd te verkopen sluit ook niet zonder meer in zich het recht ontruiming te vragen. Dat het minst genomen twijfelachtig is of de hypotheekhouder ontruiming kan vorderen leert de vergelijking met de uitwinning van een door de eigenaar-debiteur bewoond pand of van een pand dat geheel zonder recht of titel door een derde bewoond wordt. Zou de hypotheekhouder ook in die gevallen ontruiming kunnen vorderen?

Is niet het recht om ontruiming te vorderen voorbehouden aan de eigenaar van het goed, en dus bij uitwinning van een 'onverhuurd' goed aan de koper die het 'onverhuurde' goed kocht?

Het kan zijn, dat de hypotheekhouder reeds direct wanneer hij kennis neemt van verlening of vestiging van een zakelijk recht op het hem verbonden goed, of van de verhuur van dat goed in strijd met het beding van art.1230, kenbaar maakt, dat hij het betrokken recht zal negeren.<sup>5</sup> Hiertegen bestaat geen bezwaar, slechts zal de hypotheekhouder ook bij de uitwinning dienovereenkomstig moeten handelen, dat wil zeggen: hij zal een onbelast, respectievelijk een onverhuurd goed ten verkoop moeten aanbieden.

De kwesties welke rijzen wanneer de hypotheekhouder reeds vóór de executie een door de hypotheekgever gevestigd recht wil accepteren, komen in hoofdstuk VI ter sprake. Dan komt ook de regeling van het ontwerp op dit punt aan de orde.

1. Vgl. in die zin Asser-Van Oven, p.168.

Hof Leeuwarden, 12-6-1940, N.J.1941, no.131 (vernietiging van Rb. Leeuwarden, 22-2-1940, N.J. 1940, no.964 die bij nietigverklaring van pacht i.s.m. beding van art.1230 ontruiming ontzegde); Pres.Rb. Den Bosch, 4-11-1968, N.J.1969, no.238;

Pres.Rb. Amsterdam, 30-6-1966, N.J.1967, no.300, hypotheekhouder met bedingen van art.1223 lid 2 en art.1230 mag vrij van huur verkopen en kan ontruiming door de huurder vorderen van de debiteur; Pres Rb. Den Haag, 27-4-1965, N.J.1966, no.154, Rb. Utrecht, 22-10-1936, N.J.1937, no.1166 en 25-5-1927, N.J.1929, p.1006 en ook 30-5-1923, W.11236; Rb. Assen, 9-4-1929, W.12051, Rb. Groningen, 27-4-1928, N.J.1928, p.1181, W.11853; Rb. Amsterdam, 13-1-1926, N.J.1926, p.1196; Rb. Den Bosch, 28-3-1924, N.J.1924, p.1187, W.P.N.R.2859; Rb. Rotterdam, 24-9-1923, N.J.1924, p.194 en 8-11-1920, N.J.1921, p.1196.

2. Rb. Arnhem, 6-5-1926, N.J.1927, p.631, W.11554 ontzegt ontruimingsactie zolang geen uitwinning aanstaande is, omdat er geen belang is. Vgl. i.z. afwezigheid van belang ook Rb. Den Haag, 22-4-1920, N.J. 1920, p.856; Rb. Rotterdam, 14-5-1923, W.11112; Rb. Haarlem, 23-2-1932, N.J.1932, p.602, Rb. Den Bosch, 11-11-1938, N.J.1940, no.976.

3. Anders bijv. Hof Den Haag, 17-11-1924, W.11432

4. Suyling V, no.483 wijst ontruiming af, idem Rb. Leeuwarden, 22-2-1940, N.J.1940, p.964 (vernietigd door het Hof); Rb. Dordrecht, 2-2-1916, N.J.1916, p.537, W.10122.

5. Asser-Van Oven, p.171/172; zie ook H.R.10-4-1924, N.J.1924, p.584.



Voor de keuze is naar mijn mening de aanvang van de executieveiling het uiterste moment.<sup>1</sup> In de veilingbepalingen moet de hypotheekhouder bepalen wat hij executeert. Is de veiling eenmaal aangevangen, dat wil bij een veiling in twee zittingen zeggen: is de inzet eenmaal begonnen, dan liggen de kaarten op tafel, daarna kan geen wijziging van standpunt meer plaatshebben. Uiterlijk op dat moment moet de hypotheekhouder bepalen of hij ten volle van zijn recht gebruik maakt.<sup>2</sup>

Tenslotte zou men zich kunnen afvragen of niet de eigenaar en degene wiens recht bij de uitwinning wordt genegeerd daarvan in kennis moeten worden gesteld.

In het geval dat de uitwinnende hypotheekhouder op de hoogte is van de met zijn recht strijdige rechten—hetgeen niet nodig is om deze rechten te negeren—zou de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid aangevoerd kunnen worden als argument voor de plicht van kennisgeving. Ook kan men denken aan een verplichting tot kennisgeving naar analogie van die welke art. 1255 voorschrijft inzake verwittiging van ingeschreven schuldeisers, ofschoon men die laatste bepaling juist beperkt wil interpreteren in die zin dat slechts ingeschreven hypotheekhouders gewaarschuwd behoeven te worden.<sup>3</sup>

Noch het ene, noch het andere argument geeft voldoende aanleiding te concluderen tot een algemene plicht tot kennisgeving.

Bovendien: de eigenaar is volledig op de hoogte en ook de zakelijk gerechtigde kan volledig op de hoogte zijn van de kwade kansen welke hem boven het hoofd hangen. Voor huurders en zuiver persoonlijk-gerechtigden geldt hetzelfde.

### *Acceperen van rechten*

De vraag hoe de hypotheekhouder heeft te handelen, wanneer hij bij de uitwin-

1. Van Lier, preadvies Not. 1924, p.199: vóór de verkoop; De Bruijn, R.M. Themis 1961, p.124 kan ik op dit stuk niet volgen, tenzij hij doelt op ontruiming na een beroep. Hij stelt voor het recht om een beroep te doen algemeen als tijdslimiet het tenietgaan van de hypotheek, maar het strekt zich volgens hem verder uit, als er huurvrij verkocht wordt. Maar dat huurvrij verkopen betekent toch juist een beroep doen.

Hof Amsterdam, 15-12-1922, N.J.1923, p.510, W.11 110: aanvang van nietigverklaring vóór de verkoop is voldoende; Rb. Maastricht, 23-11-1939, N.J.1940, no.337. het kan nog na aanvang van de veiling; zelfde Rb., 3-1-1924, N.J.1924, p.193, W.11 162 spreekt over: bij de veiling;

Rb. Den Bosch, 11-11-1938, N.J.1940, no.976: onjuist is het verweer dat het alleen kan voor overschrijving van de verkoop; Rb. Utrecht, 22-10-1936, N.J.1937, no.1166 legt het moment later, de hypotheekhouder mag nog inroepen zolang het goed nog niet is geleverd en de prijs nog niet is betaald. Rb. Arnhem, 9-4-1936, N.J.1936, no.791: verkoop doet hypotheek te niet, put haar uit.

2. Terecht zegt dan ook Rb. Den Haag, 26-4-1950, N.J.1951, no.117, dat koper kan ageren tegen verhuur tot stand gekomen tussen veiling krachtens art.1223.2 en overschrijving van het proccsverbaal. Deze huur kan niet eens geaccepteerd worden door de hypotheekhouder. G. de Grooth zegt in noot, aan te nemen dat Rb. huur wel geldig acht maar niet tegen de koper in veiling. Vgl. ook Korteweg in W.P.N.R.4271 Rspr. Overz., die de Rb. de gedachte aan art.505.4 Rv. toeschrijft, ofschoon zij die voor haar uitspraak m.i. niet nodig heeft.

Vgl. ook Rb. Arnhem, 21-9-1922, N.J.1922, p.1077. na aanzegging van de veiling is de eigenaar niet meer vrij in de beschikking over het pand.

3. Asser-Van Oven, p.195. H.R.6-4-1956, N.J.1957, no.479. Anders F.M. Jansen, Executie- en Beslagrecht, p.197

ning een later zakelijk recht of een huur in strijd met een huurbeding, wenst te respecteren, zal thans weinig moeilijkheden meer opleveren.

Daarvoor grijpen wij terug naar hetgeen gezegd werd over de veiling.<sup>1</sup> Wordt normaal verkocht zonder enige mededeling omtrent het belast zijn van het goed: het zal zijn een verkoop vrij van bij het recht van de hypotheekhouder achterstaande zakelijke rechten, vrij ook van huur. Dat wil zeggen dat wanneer de belasting in stand moet blijven, de hypotheekhouder zal moeten verkopen: het verbonden goed 'belast met ...'.

Wanneer het gaat om een later zakelijk recht of om een huur is meer niet vereist. Wanneer de hypotheekhouder bij de verkoop slechts datgene nalaat wat het goed zou doen overgaan in onbelaste toestand, is het voortbestaan van het zakelijk recht, respectievelijk de huur, verzekerd. In zich vervallen geen van beide door de verkoop; beide hebben droit de suite: het zakelijk recht naar zijn aard, huur ingevolge art.1612. Hiermede is tevens gezegd, dat door het goed belast te verkopen de hypotheekhouder het zakelijk recht niet opnieuw vestigt; hij draagt er slechts zorg voor dat het blijft voortbestaan.

Aanvaardt men aldus de mogelijkheid een later zakelijk recht of een huur in strijd met art.1230 bij uitwinning te laten bestaan, dan stuit men op problemen, indien er een tweede hypotheekhouder is die ook op de zakelijk gerechtigde voorgaat of ook een huurbeding maakte. Deze kwestie wordt in het volgende hoofdstuk besproken.

Indien de hypotheekhouder bij de uitwinning een persoonlijk recht wil respecteren, zal hij anders te werk moeten gaan. Hij zal de betrokken rechten aan de koper in de veiling moeten opleggen, door deze rechten in de veilingsbedingen op te nemen en te bedingen voor zichzelf of—bij wijze van derdenbeding—voor de rechthebbende.<sup>2</sup> Men denke aan optie- en voorkeursrechten en aan kettingbedingen. De laatste kunnen op deze wijze volledig worden gerespecteerd. Opties en voorkeursrechten kunnen echter niet altijd volledig worden gerespecteerd. Immers het is niet onmogelijk, dat ingevolge de voorgenomen uitwinning in principe het optie- of voorkeursrecht voor uitoefening vatbaar wordt. In dat geval zou volledig nakomen van deze rechten impliceren dat het goed in plaats van te worden verkocht aan de optiehouder of voorkeursgerechtigde wordt aangeboden, hetgeen in het kader van de publieke verkoop uiteraard niet kan. Wel zou de hypotheekhouder het optie- of voorkeursrecht in de verkoopbedingen kunnen opnemen. Vergelijk hetgeen hierover is opgemerkt op p.63.

Men zou zich met betrekking tot de persoonlijke rechten kunnen afvragen of de hypotheekhouder tot een dergelijke handelwijze is gerechtigd. Het antwoord moet bevestigend luiden. Hij komt na de plicht welke op de eigenaar rust. Deze kan moeilijk bezwaar aantekenen en een derde zeker niet, tenzij diens rechten hier-

1. Uitdrukkelijk zij verwezen naar noot 3 p. 114

2. Vgl. in deze Pres Rb Dordrecht, 11-11-1964, N J 1965, no 418.

door worden geschaad, hetgeen niet onmogelijk is. Is de derde een concurrent schuldeiser, dan ziet hij de persoonlijk gerechtigde, eveneens concurrent, desondanks voorgaan. Is de derde een hoger gerangschikte zakelijk gerechtigde, dan ziet hij iemand wiens recht bij het zijne achter dient te staan op zich voorgaan. Over de laatste kwestie wordt in het volgende hoofdstuk gesproken.

### 3. DE RECHTEN VAN DE KOPER

Ook op dit punt kan huur in strijd met een huurbeding op dezelfde wijze behandeld worden als een later zakelijk recht.

Uit hetgeen is betoogd ten aanzien van de rechten van de hypotheekhouder volgde, dat de vraag in hoeverre hij van zijn rechten gebruik maakt, beantwoord wordt bij de aanvang van de veiling; dān moet worden beslist wat wordt verkocht.

Hiermede is ook de basis gelegd voor de rechten van de koper.<sup>1</sup> Hetgeen bij de uitwinning verkocht wordt, dat zal ook zijn hetgeen de koper verkrijgt; óf dat het goed is zoals het de hypotheekhouder werd verbonden, hangt daarvan af of de hypotheekhouder ook inderdaad het goed zó verkoopt.

Wordt de koper een onbelast pand verkocht, althans een pand waarvan in de veilingbedingen niet is gesteld, dat het is belast met bijvoorbeeld een zakelijk recht van gebruik en bewoning of welk ander zakelijk genotsrecht ook, dan is het pand dat hij verkrijgt in dat opzicht vrij en onbelast.

Voor hem valt er geen beroep meer te doen tegen het betrokken zakelijk recht, aldus zou men het kunnen uitdrukken. Het is inherent aan het hypotheekrecht, dat de hypotheekhouder kan uitwinnen wat hem werd verbonden, maar de koper neemt niet een deel van dat hypotheekrecht mee over. Het is niet aan de koper te beslissen over latere zakelijke rechten of huur in strijd met een beding van art. 1230, dat heeft de hypotheekhouder reeds gedaan. De koper wordt slechts geconfronteerd met het resultaat. Dit betekent, dat de koper geen recht heeft te ageren tegen rechten welke de hypotheekhouder mocht negeren, maar welke hij ongemoeid liet, wat zich uit in het feit dat werd verkocht een verhuurd of een met zakelijk recht belast goed.

Het betekent ook dat de koper niet bij machte is een recht dat door de hypotheekhouder bij uitwinning werd genegeerd te laten voortbestaan. Handelt hij in feite als ware dit wel het geval, bijvoorbeeld door een huurder wiens huurrecht werd genegeerd in het woongenot te laten en van hem 'huur' te blijven innen, dan is dat een stilzwijgende opnieuw aangegane huur.

De mogelijkheid dat de hypotheekhouder bij de uitwinning de keus openlaat moet uitgesloten worden geacht; hij moet bij uitwinning bepalen wat hij ver-

1. Of nu de koper een derde is, of de executant zelf, dat maakt geen verschil. In verscheidene procedures was de executant zelf de koper. O.a. H.R. 15-3-1940, N.J. 1940, no. 848; Rb. Utrecht, 22-10-1936, N.J. 1937 no. 1166; Rb. Amsterdam, 17-3-1930, W. 12176; Rb. Maastricht, 3-1-1924, N.J. 1924, p. 193, W. 11162. Vgl. echter ook Hof Den Haag, 27-10-1930, N.J. 1931, p. 360.

koopt. Dat hij—zoals reeds opgemerkt—eventueel vrijwaring zoveel als mogelijk is zal uitsluiten, doet daaraan niet af. Daarmede bereikt hij niet dat hij in het midden kan laten wat hij verkoopt.

Beziet men de kwestie vanuit het gezichtspunt van de koper, dan is deze conclusie ook zeer wel aanvaardbaar.<sup>1</sup> Waaraan zou hij het recht tot ageren ontleenen?<sup>2</sup> De hypotheekhouder kan hem toch niet iets verlenen dat eindigt bij verwerking van het hypotheekrecht<sup>3</sup>; vergelijk hetgeen hiervoor werd gezegd over cessie van rechten door de hypotheekhouder, welke werd afgewezen. (p.100).

Bovendien: het belang van de koper is niet in het geding, hij weet wat hij koopt<sup>4</sup> en zo hij daaromtrent meent geen zekerheid te hebben, omdat de veilingbedingen hem naar zijn mening daarover in het ongewisse laten, bijvoorbeeld doordat vrijwaring is uitgesloten, dan zal hij met zijn bod daarmede rekening moeten houden.

Mocht de hypotheekhouder vrezen, dat in de veiling geen goed bod gedaan zal worden, omdat de koper zich gebonden weet aan de op het goed gevestigde rechten, dan moet hij zelf gebruik maken van zijn rechten.

Het is niet duidelijk waarom de conclusie, dat de koper geen eigen rechten heeft in deze, zou strijden met de eisen van het rechtsverkeer<sup>5</sup>, onaanvaardbaar zou zijn<sup>6</sup> of grote moeilijkheden zou opleveren.<sup>7</sup>

Is het noodzakelijk, dat het negeren door de hypotheekhouder, resulteert in een absolute nietigheid wil de koper uit dien hoofde recht hebben op een onbelast goed?<sup>8</sup> Dit is niet in te zien. Negeert de hypotheekhouder een later zakelijk recht dan verkoopt hij het onderpand vrij van het betrokken recht. Van absolute nietigheid is hier geen sprake, maar daaraan is ook geen behoefte. Men zal toch niet in redelijkheid willen volhouden, dat bij een dergelijke verkoop de koper slechts het recht heeft op een vrij goed, wanneer hij zelf, ware hij 'derde', het betrokken recht als nietig zou mogen beschouwen. Dan zou het negeren door de hypotheekhouder een farce zijn. De uitroep van Meijers in W.P.N.R.2840: Waarom nu opeens (dit is na het 'beroep' door de hypotheekhouder R.) ook de koper de nietigheid van de verboden huur kan invoeren<sup>9</sup>, begrijp ik niet. Hij doet geen

1. Dat de strekking van het voorschrift niet tot haar recht komt wanneer niet ook de koper een recht krijgt tegen de huurder op te treden gelijk Asser-Van Oven, p.167 stelt, zie ik niet. De strekking is toch om de hypotheekhouder, niet om de koper te beschermen

2. Vgl. de diverse suggesties vermeld in hoofdstuk IV p 99 e.v

3. Vgl. ook de bestrijding van de mening dat de hypotheekhouder i.c. zijn recht zou kunnen cederen.

4. Meijers in genoemde noot op H.R. 15-3-1940 in N.J. 1940, no 848, ziet dit anders Als de executant niet op de hoogte was van het recht, kan de koper de dupe worden De koper meende en mocht nemen een volwaardig goed te kopen Komt hij bedrogen uit dan dient hij een rechtsmiddel te hebben

5. Asser-Van Oven, p.170.

6. De Bruijn, R.M. Themis 1961, p.129

7. Meijers: W.P.N.R.2840.

8. Aldus suggereert Meijers in genoemde noot op H.R. 15 maart 1940 in N.J. 1940, no.848. Meijers bestrijdt o.m. Van Brakel, W.P.N.R. 3171 en 3554 die stelt dat koper zich erop kan beroepen als de hypotheekhouder voor de veiling een beroep doet op de nietigheid. Meijers verwerpt overigens terecht een absoluut worden Als Meijers: Asser-Scholten, p.506, Asser-Van Oven, p.168

9. Meijers in genoemde noot na invoeren van de nietigheid blijft zij een relatieve.

beroep op nietigheid van de verboden huur, hij koopt een onverhuurd goed, dat hem door de executerende hypotheekhouder verkocht mocht en kon worden.

Het kan zijn, dat zij die een eigen recht voor de koper bepleiten ervan uitgaan, dat de koper zonder een dergelijk recht niet in de gelegenheid is gebruik te maken van hetgeen hem rechtens toekomt.<sup>1</sup>

Het duidelijkst spreekt dit bij huur. Laten wij aannemen, dat in een bepaald geval door de hypotheekhouder 'onverhuurd' is verkocht, doch dat de hypotheekhouder geen ontruiming kan vorderen. Is men de mening toegedaan, dat de koper daarmee in feite geen vrij pand heeft verworven, omdat hij niet tot ontruiming zou kunnen vorderen, dan is begrijpelijk het verlangen de koper een beroep op het huurbeding toe te staan.

De veronderstelling is echter niet juist; de koper heeft geen behoefte aan een recht zich op het huurbeding te beroepen. Als hij een onverhuurd pand koopt, dat terecht als zodanig werd aangeboden, ontleent hij daaraan het recht ontruiming te vorderen; een eigen recht zich te beroepen op het huurbeding heeft hij daarbij niet van node. De huurder zit zonder recht of titel in zijn pand; op die grond kan hij *ontruiming* vragen.

Heeft de hypotheekhouder geen gebruik gemaakt van zijn huurbeding en een verhuurd pand verkocht, dan betekent dat in de hier verdedigde visie, dat de koper machteloos staat tegen de huur, doch dat is alleszins aanvaardbaar; hij kocht een verhuurd goed.

Op een ander aspect van deze materie wil ik nog de aandacht vestigen.

Wanneer men ervan uit zou gaan, dat de koper ongeacht de houding van de hypotheekhouder bij de executie, het recht moet worden toegekend zich te verzetten tegen na de hypotheek gevestigde zakelijke rechten of tegen huur in strijd met art. 1230, hoe staat het dan met het belang van de gerechtigde tot het betrokken zakelijk recht of de betrokken huur?

Hij kon weten, dat zijn positie niet onaantastbaar was, de hypotheek kon hij kennen. Daar staat echter tegenover, dat het dan ook alléén de hypotheekhouder moet zijn, die hem kan storen in zijn recht. Hij heeft er recht op om, zodra de hypotheekhouder zijn hypotheekrecht verbruikt, zodra het hypotheekrecht tenietgaat<sup>2</sup>, te weten wat zijn lot is. Deze overweging kan naast de andere argumenten worden geplaatst. Bovendien: hoe lang zou de koper dat recht hebben? Moet de later gerechtigde maar afwachten wat er gebeurt, of zou hij de koper moeten sommeren zich uit te spreken?

Naar mijn idee strijdt dit alles met de aard van het hypotheekrecht zoals het hiervoor omschreven werd.

Daarenboven zou een recht voor de koper om te ageren wat betreft de zakelijke rechten moeilijk passen in het hiervoor ook voor het huidige recht verdedigde systeem, waarbij de zakelijk gerechtigde, wiens recht door de hypotheekhouder

1 Vgl. Asser-Van Oven, p. 168.

2 Asser-Van Oven, p. 169, zie echter in andere zin p. 226, alsook Scheltema, preadvies Not. 1934, p. 232.

wordt genegeerd, recht heeft op schadevergoeding.<sup>1</sup> Een schadevergoeding, welke naar de rang van het vervallen zakelijk recht bij voorrang verhaalbaar is op de opbrengst van het geëxecuteerde goed.

Immers, laat de hypotheekhouder bij de executie het zakelijk recht vervallen, dan verkrijgt de zakelijk gerechtigde een bij voorrang verhaalbare schadevergoeding, maar zou de hypotheekhouder het recht laten bestaan en zou de koper ageren, dan zou de zakelijk gerechtigde het zonder moeten stellen. Het recht op schadevergoeding zoals opgenomen in het Ontwerp-B.W. past in een goed hypotheek- en zakenrechtelijk systeem. Het botst met het voor de koper gevraagde recht.

#### 4. DE REGELING IN HET ONTWERP-B.W.

Na hetgeen in het vorige hoofdstuk werd opgemerkt aangaande de verhouding hypotheek-huur behoeft hier over de rechten van de uitwinnende hypotheekhouder ten aanzien van huur niet veel meer gezegd te worden.

Indien de vreemde, met ons zakenrechtelijk systeem strijdende interpretatie van de regel van art.1612 zou vervallen, rest een persoonlijk recht van huur met zakelijke werking. Evenals thans een zakelijk recht en een huur in strijd met het huurbeding, bij uitwinning genegeerd kunnen worden, zal dan een huur genegeerd kunnen worden, evenwel zonder dat daartoe een apart beding nodig is. Het komt erop neer dat de overbodige omweg waarover hiervoor werd gesproken niet langer wordt gemaakt. Er zou zelfs veel voor te zeggen zijn bij een dergelijke regeling op grond van het zakelijk karakter van huur aan te nemen, dat naar analogie van het systeem vervat in de artt.3.9.4.21 en 3.9.4.12 ook huur vervalt bij uitwinning.

Wil men in principe dit vervallen aanvaarden maar toch de huurder enige bescherming verlenen, dan ware te denken aan een regeling als thans geldt voor een door de vruchtgebruiker gesloten huur. Ook zou gedacht kunnen worden aan het openen van de mogelijkheid het vervallen bij uitwinning te voorkomen door 'acceptatie vooraf' door de hypotheekhouder. Voor zakelijke rechten is dit verwezenlijkt door een regeling voor rangwijziging vóór de uitwinning. Huur opnemen in dat systeem gaat echter niet zonder meer.

Indien men niet naar analogie van de regel voor zakelijke rechten de na de totstandkoming van de hypotheek gesloten huur wil laten vervallen bij uitwinning, zal huur in het Ontwerp-B.W. het enige 'achterstaande' recht op het uitgewonnen goed zijn, dat bij uitwinning een uitzonderingspositie inneemt. Als de hypotheekhouder de huur niet negeert en een 'verhuurd' goed verkoopt, zal de huur blijven bestaan; de hypotheekhouder heeft de beslissing over het al dan niet voortbestaan van de huur. Het *enige* recht werd zojuist gesteld: immers de persoonlijke rechten op het goed vervallen naar hun aard, de lager gerangschikte be-

1. De huurder ontvangt niet een bevoorrechte schadevergoeding, zie Hoofdstuk III.

perkte rechten vervallen eveneens naar blijkt uit de artt.3.9.4.12 en 3.9.4.21 en de daarop gegeven toelichting, mits de verkoop plaats had met inachtneming van de wettelijke voorschriften, huur valt noch onder het een, noch onder het andere. Het blijft een recht met een janusgezicht dat nooit volledig zal passen in een strak systeem zolang het niet óf een volledig persoonlijk of een volledig zakelijk recht is.

Zou huur niet door uitwinning vervallen, dan zou in principe ook blijven bestaan de mogelijkheid dat een eerste hypotheekhouder ten detrimente van de tweede hypotheekhouder een huur welke bij beide hypotheeken achterstaat, laat voortduren. Mocht onverhoopt in het Nieuwe B.W. de regel van art.1612 terugkeren mét de huidige interpretatie, dan geldt al hetgeen hiervoor ten aanzien van het huidige recht werd opgemerkt onverkort voor het komende recht. Zie echter ook de 'Slotopmerking' van Hoofdstuk VI.

Over de rechten van de koper ten aanzien van huur heeft Meijers zich reeds lang voor het Ontwerp-B.W. uitgelaten. Hij betoogde dat de moeilijkheid bij de vraag of de koper recht heeft te ageren tegen huur in strijd met het beding van art.1230, niet moet worden gezocht bij art.1223 lid 2. Want lag zij daar, het zou geen zin hebben om art.1230 uit te breiden met een recht voor de koper. Immers wanneer de eigenmachtige verkoop het knelpunt is en de koper wegens gebondenheid aan hetgeen de hypotheekgever/eigenaar deed, niet tegen huur kan opkomen, betekent dat een nog veel groter probleem. De koper zou evenmin kunnen ageren tegen na de hypotheek gevestigd zakelijk recht, en wat baat dan een tegen huur gegeven recht.<sup>1</sup>

De moeilijkheid zou dus niet bij de verkoop van art.1223 lid 2 gezocht moeten worden, maar bij huur. Huur zou een andere werking hebben dan een zakelijk recht. Tegen een zakelijk recht zou de koper wel kunnen optreden, ook wanneer de hypotheekhouder niet ageerde; tegen huur, zelfs huur in strijd met een huurbeding, zou hij machteloos staan. Zo lijkt de conclusie van Meijers' betoog te moeten luiden. In zoverre is het consequent om het de koper mogelijk te maken zich op het huurbeding te beroepen. De noodzakelijk geachte rechten tegen huur, welke de koper thans ontzegd worden, worden hem in art.3.9.4.8 uitdrukkelijk verleend.

In de toelichting worden in vogelvlucht genoemd: het befaamde veel bestreden arrest uit 1924, waar de H R. op grond van de in deze veelal beslissend geachte mandaattheorie de koper het recht om te ageren ontzegt en het bekende arrest uit 1940 dat de bestaande verwarring zo mogelijk nog vergrootte. Daarop besluit de toelichting met de korte opmerking: 'Nu art.1223 lid 2 zal vervallen, kan op eenvoudige wijze deze kwestie worden opgelost'.<sup>2</sup> De oplossing wordt gevonden door de koper uitdrukkelijk het recht te verlenen zich op het door de hypotheekhouder gemaakte huurbeding te beroepen.

Deze redenering is moeilijk te volgen. Meijers toonde immers zelf duidelijk

1 Meijers, W P N R 2840

2 Toelichting p 283

aan, dat de verkoop krachtens art.1223 lid 2 met deze kwestie niets van doen heeft. Was hij dan zo onder de indruk van de verwarring?

De toelichting geeft ook niet aan, waarom de koper wél uitdrukkelijk het recht wordt gegeven zich te beroepen op het huurbeding, terwijl hem niet uitdrukkelijk het recht wordt toegekend op te komen tegen latere zakelijke rechten. De oorzaak van het ontbreken van een zelfstandig recht tegen latere zakelijke rechten kan tweërlei zijn. Ofwel Meijers gaat ervan uit dat de koper dat recht zonder meer heeft, zie het zojuist gereleveerde betoog van Meijers. Ofwel hij gaat ervan uit dat de koper laatstbedoeld recht niet nodig heeft. Het laatste is aannemelijk als men de artt.3.9.4.12 en 3.9.4.21 met de toelichting leest, waaruit mag worden afgeleid, dat zakelijke rechten welke in rang bij het recht van de uitwinnende hypotheekhouder achterstaan bij de uitwinning komen te vervallen. Tegen een vervallen recht behoeft de koper uiteraard geen recht.

Daarmede is echter nog niet verklaard waarom de koper zich op het huurbeding zou moeten kunnen beroepen. Het ontbreken van een dergelijk recht zal misschien ook door de ontwerper onaanvaardbaar geacht zijn gezien de hierboven gereleveerde opmerking van verscheidene schrijvers die 'het onaanvaardbaar' achtten, of 'in strijd met de eisen van het rechtsverkeer', of stellen dat het ontbreken van zulk een recht 'grote moeilijkheden' zou opleveren. Argumenten die ons, als gezegd, niet aanspreken.

Voorts wordt in de toelichting, evenmin als met betrekking tot de vraag waarom het huurbeding moet worden gehandhaafd, uitdrukkelijk een standpunt bepaald ten aanzien van de principiële onderliggende kwestie: de verhouding tussen huur en hypotheek.

Doch evenmin ook als bij het huurbeding, kan op dit punt de conclusie anders zijn dan dat de ontwerper stilzwijgend is uitgegaan van handhaving van de regel van art.1612 en de daaraan thans gegeven uitleg. Het Ontwerp-1929, geënt op daaraan voorafgaande Ontwerp-1916, heeft ook hier model gestaan.

Uit hetgeen hiervoor werd betoogd voor het huidige recht, volgt echter juist, dat de koper géén zelfstandig recht tot ageren dient toe te komen, ook niet indien men de regel van art.1612 met de huidige meest gevolgde uitleg, én het beding van art.1230 handhaaft. Dit geldt onverkort ook voor het Nieuwe B.W.

Op bovengenoemde gronden zou ik ervoor willen pleiten dat de koper een zelfstandig recht tot beroep op het huurbeding—als dit al zou blijven bestaan—wordt onthouden, terwijl een afgeleid recht voor hem niet aanwezig is. Indien huur niet zonder meer—naar analogie van de zakelijke rechten—zou vervallen indien de hypotheekhouder uitwint, zal de hypotheekhouder beslissen over al dan niet voortbestaan van de huur. De koper bouwt in dat geval slechts voort op die beslissing. Zou de huur wel zonder meer vervallen, of zou de huur beperkt voortduren, ook dan heeft de koper slechts te accepteren: het goed is onverhuurd, of beperkt verhuurd; een recht om tegen de huur te ageren komt niet aan de orde.



Over de positie van de zakelijke rechten in geval van uitwinning kunnen wij kort zijn. Het Ontwerp-B.W. doet het inherent zijn aan het hypotheekrecht, dat de hypotheekhouder bij uitwinning ten volle van zijn rechten gebruik maakt waar het betreft de zakelijke rechten welke bij het zijne achterstaan. Deze achterstaande zakelijke rechten vervallen, zo mag naar hiervoor werd aangegeven worden afgeleid uit het bepaalde in de artt.3.9.4.12 en 3.9.4.21 en de daarop gegeven toelichting. Er komt een naar de rang van het vervallen recht op de opbrengst van het uitgewonnen goed verhaalbare vordering tot schadevergoeding voor in de plaats. In het hiervoor voor het huidige recht gehanteerde taalgebruik zou het aldus kunnen worden uitgedrukt: uitwinning impliceert in het Ontwerp-B.W. in ieder geval een beroep tegen de in rang bij de hypotheek achterstaande zakelijke rechten. Gevolg van een en ander is, dat over een eventueel recht van de koper op te komen tegen zakelijke rechten welke de hypotheekhouder ongemoeid liet, in het geheel niet meer gesproken behoeft te worden.

# VI. Rangwijziging en Rangwisseling

## 1. INLEIDING

In het tweede hoofdstuk werden de twee rang-aspecten van het recht van hypotheek behandeld. de schuldrang en de rang van het zakelijk recht. Onze conclusie was dat deze twee te onderscheiden zijn, maar niet te scheiden.

In dit hoofdstuk wordt de rang van het hypotheekrecht nogmaals aan de orde gesteld; nu meer geconcentreerd op rangwijziging en rangwisseling, daarbij komt ook ter sprake de figuur welke in de praktijk wordt aangeduid met 'lichting'.

Door de inschrijving wordt de laatste hand gelegd aan het ontstaan van het zakelijk recht. Zij is de laatste constitutieve handeling, daarmede is het zakelijk recht geboren en ook de rang van dat recht vastgelegd. Deze twee gaan in hun ontstaan onverbrekelijk samen. Dit is voor een hypotheek niet anders dan voor een ander zakelijk recht. Bij een hypotheek moet men zich echter wel realiseren, dat mét de rang van het zakelijk recht ook de rang van de verzekerde schuld is vastgelegd. Gaan in hun ontstaan zakelijk recht en rangverlening samen, deze rang betreft bij hypotheek zowel het zakelijk recht als de verzekerde schuld, deze gaan op hun beurt weer samen.

Heeft de inschrijving eenmaal plaatsgehad en hebben daardoor de genoemde gevolgen plaatsgevonden, moet dan ook die inschrijving gehandhaafd blijven om die gevolgen te laten voortbestaan? Dit zou niet ondenkbaar zijn. Een systeem waarin het blijven bestaan van het hypotheekrecht met de rang die dat recht en de daardoor verzekerde schuld innemen, afhankelijk wordt gesteld van het handhaven van de inschrijving, is zeer wel mogelijk. Het is evenwel een systeem met een 'positief' element, het is niet het systeem van onze wet. Bezien wij de andere zakelijke rechten, dan is een bepaling die handhaving van de inschrijving voorschrijft nergens te vinden en er is geen reden om zonder een wettelijk voorschrift een dergelijke eis te stellen.<sup>1</sup>

Ons zakenrechtelijk systeem ziet de overschrijving als ontstaansvereiste, heeft overschrijving eenmaal plaatsgehad, dan bestaat het betrokken recht, gesteld dat aan de andere eisen is voldaan. Het blijven bestaan van de overschrijving is juridisch irrelevant. Theoretisch gezien zou zij kunnen worden doorgehaald, maar dat verandert aan de juridische toestand niets. Evenmin als voor andere zakelijke rechten, is er voor hypotheek—waar een dergelijk voorschrift evenmin te vinden is—reden waarde te hechten aan het blijven bestaan van de inschrijving. Het feit dat het een goed gebruik is de inschrijving van een hypotheek, die niet meer van waarde is, door te halen, doet daar niet aan af.

Dat aan de doorhaling veel belang gehecht wordt, wordt mede veroorzaakt

1 Wij kennen nog altijd het negatieve systeem, al lijkt de praktijk soms anders. Zie met name het opstel van De Haan in de Bundel Onroerend Goed, p 61 e v., m n p 66 en de opstellen van Nakken in W P N R 4892 e v. en 4991 e v., Vgl. ook Rijtma, Het Kadaster, Prfs Groningen 1966

door het feit dat in het overgrote deel der gevallen ervan mag worden uitgegaan, dat de hypotheek inderdaad is tenietgegaan als de betrokken inschrijving wordt doorgehaald.<sup>1</sup> Doorhaling is echter geen wijze van tenietgaan van een hypotheek; de wet noemt doorhaling ook niet als wijze van tenietgaan.

Handhaving der inschrijving is noodzakelijk, noch voor het voortbestaan van het hypotheekrecht, noch voor het handhaven van de rang van dat recht of van de rang van de verzekerde schuld.

Haalt men de inschrijving door, dan betekent dat op zich niets voor het recht of enige eigenschap daarvan. Doorhaling is te beschouwen als een niet verplichte mededeling dat er iets heeft plaatsgevonden, nl. het tenietgaan van het recht.<sup>2</sup> De praktijk hanteert echter de doorhaling ook nog in het kader van de 'lichting'.

Het merkwaardige is dat de doorhaling alleen bij hypotheeken voorkomt en zo 'belast' is. Bij andere zakelijke rechten wordt niet over doorhaling gerept en doen zich geen problemen voor. Is het zakelijk recht tenietgegaan en komt dit de hypotheekbewaarder ter ore—dit kan langs de meest wonderlijke wegen<sup>3</sup>—dan zal hij zulks verwerken. Draagt hij er geen kennis van, dan zullen de registers niet worden bijgewerkt en niet met de feitelijke toestand overeenstemmen. Theoretisch zou dit bij hypotheeken niet anders behoeven te zijn. In feite is het dat wel degelijk. Hypotheeken worden, over het geheel genomen, administratief ook anders verwerkt.

De overtrokken waardering voor de doorhaling is historisch gegroeid en zij is mede daaruit te verklaren, dat in de hypothecaire belasting en het weer vervallen daarvan veel meer mutaties voorkomen dan bij de andere zakelijke rechten het geval is. De wetgever doet hieraan mee, hetgeen uiteraard het belang, gehecht aan de doorhaling aanmerkelijk vergroot.<sup>4</sup> In de artt. 1239 e.v. besteedt de wet aandacht aan de doorhaling. Inderdaad is het zo, dat van een hypotheek minder gemakkelijk kan worden geconstateerd of zij is tenietgegaan dan van andere zakelijke rechten en dat de grotere fluctuatie een nauwkeurige registratie van wat er geschiedt, vereist. Dit doet echter niet af aan het principe dat doorhaling niet meer is dan een mededeling. Ten aanzien van de vraag of het medegedeelde inderdaad is geschied, is de doorhaling irrelevant. Dit geldt wat betreft het zakelijk recht van hypotheek, mét de daaraan verbonden rang van het recht zowel als van de verzekerde schuld.

1. Art. 1265 verplicht de hypotheekbewaarder dan ook in het zgn. getuigschrift melding te maken van doorgehaalde hypotheeken. Zie ook H.R. 14-4-1843, W. 389 en H.R. 7-6-1946, N.J. 1946, no. 465.

2. Leopold, preadvies N.J.V. 1930, p. 52; Diephuis VII p. 537, Scholten W.P.N.R. 2271 en in Asser-Scholten, p. 545; Asser-Van Oven, p. 228.

3 Een willekeurige aangifte voor het recht van successie is voldoende.

4. Wellicht zijn ook Franse invloeden hier niet geheel vreemd aan. In het Franse systeem wordt immers aan de normale doorhaling wél meer dan louter administratieve waarde gehecht. Haalt men door, dan zal een derde die daarop te goeder trouw afgaat, worden beschermd en voorgaan op de houder van de doorgehaalde hypotheek, ook al werd ten onrechte doorgehaald. Dit hangt samen met een enigszins andere benadering van de inschrijving, die meer gezien wordt als louter rangverlenend. Vgl. Asser-Van Oven, p. 229. Zie hierover ook Asser-Scholten, p. 489 e.v. en p. 546 en de visie van Scholten op de inschrijving.

De conclusie moet zijn, dat inschrijving nodig is voor het ontstaan van het recht met de rang van dat recht en de rang van de schuld, maar dat de inschrijving daarmee haar dienst gedaan heeft. Daarna is het een kwestie van orde op zaken stellen, indien de inschrijving wordt doorgehaald wanneer de door die inschrijving ontstane hypotheek is tenietgegaan.<sup>1</sup>

## 2. LICHTEN VAN HYPOTHEKEN

Dit alles geldt zolang het fenomeen 'lichten' of 'opstaan' ter verkrijging van rangwijziging buiten beschouwing blijft en men zich houdt aan de naar het moment van de primaire inschrijving ontstane rangorde. De praktijk vraagt echter naar een middel om die rangorde te wijzigen.

Uiteraard is dit mogelijk door de betrokken hypotheeken te vestigen, respectievelijk opnieuw te vestigen in de gewenste nieuwe volgorde en de aanvankelijke hypotheeken te laten vervallen. Bij deze werkwijze is het evenwel zeker dat de identiteit van hypothecaire belasting verloren gaat. De praktijk wenst echter deze weg niet te volgen. Op het waarom van dit verlangen wil ik hier niet ingaan, slechts zij opgemerkt, dat de genoemde oplossing juridisch-technisch zeker zo goed is te verwezenlijken als de thans gebruikelijke methode van 'opstaan' of 'lichten' en nauwelijks duurder behoeft te zijn. Men zou bijv. kunnen volstaan met in plaats van door te halen en hernieuwd in te schrijven, een nieuwe hypotheek te vestigen voor bedragen en onder bepalingen als vermeld in de oorspronkelijke hypotheekakte, een verwijzing dus, en deze nieuwe hypotheek in te schrijven op het gewenste moment. Dit zou passen in ons zakenrechtelijk systeem. Slechts kan men zich afvragen of een hypotheekakte met een dergelijke verwijzing is toegestaan.

Wat geschiedt in de praktijk? Bezien wij dit allereerst wat betreft de hypotheeken onderling: het 'lichten'. Daarna komt nog ter sprake de ook wel gewenste rangwisseling tussen hypotheeken en andere zakelijke rechten

In het geval dat op een reeds met hypotheek (a) belast goed wederom een hypotheek (b) moet worden gevestigd, terwijl de laatste op de eerste moet voorgaan, geeft de aanvankelijke hypotheekhouder toestemming tot doorhaling van de op zijn hypotheek betrekking hebbende inschrijving onder uitdrukkelijk voorbehoud van zijn recht van hypotheek. Vervolgens wordt de nieuwe hypotheek (b) ingeschreven en daarna wordt de aanvankelijke hypotheek (a) hernieuwd ingeschreven. Tenslotte haalt men de aanvankelijke inschrijving door. Het resultaat is naar men algemeen aanneemt, dat de hypotheek (b) eerste in rang is geworden en de aanvankelijke eerste de tweede plaats heeft gekregen. Op deze wijze—zo redeneert de praktijk—wordt ook de regel van art 1226 in acht genomen: de rangorde wordt geregeld naar de dag van inschrijving.

1. Dat door samenwerking van notaris en hypotheekbewaarder normale doorhaling *praktisch* kan gelden als bewijs van tenietgaan der hypotheek is een prettige omstandigheid, aan het principe doet het niets af.

Dat deze gang van zaken als rechtsgeldig wordt geaccepteerd, staat buiten kijf.<sup>1</sup> Het is een dagelijks toegepast procédé en het moet worden toegegeven, dat het even eenvoudig als soepel werkt. Bovendien kan het als een voordeel worden aangemerkt, dat de volgorde van de per saldo resterende inschrijvingen ook met de aangenomen nieuwe rangorde van de hypotheeken overeenkomt, hetgeen inderdaad in overeenstemming lijkt met art. 1226.

Daarmede is evenwel geen antwoord gegeven op de vraag hoe deze rechtsgeldigheid moet worden gefundeerd. Kan deze figuur van doorhalen en herinschrijven naar ons positieve recht worden verklaard? De figuur als zodanig is in de wet niet te vinden en willen wij niet direct concluderen dat zij 'als door gewoonte gewettigd' moet worden aanvaard<sup>2</sup>, zullen wij haar moeten ontleden en de onderdelen doorhaling en herinschrijving afzonderlijk moeten beschouwen.

Dat de doorhaling bij lichten een andere doorhaling moet zijn dan die welke geschiedt om aan te geven dat het recht van hypotheek is tenietgegaan, behoeft geen betoog.<sup>3</sup> De bedoeling is juist dat de hypotheek niet tenietgaat doch slechts dat haar rang wordt gewijzigd. In verband met de reeds genoemde regel van art. 1226 zal daartoe de inschrijving moeten verdwijnen, zo redeneert de praktijk, om de weg vrij te maken voor nieuwe inschrijvingen. Daarom haalt men de inschrijving door, maar behoudt het recht van hypotheek.

Wat gebeurt er door die doorhaling? Zij is niet louter administratief, louter publicerend wat geschied is.<sup>4</sup> Is zij constitutief, in zoverre dat zij bewerkt, dat een aspect van de hypotheek, namelijk de rang van de hypotheek, tenietgaat? Of moet men het zo zien, dat de toestemming van de betrokken hypotheekhouder tot doorhaling, tezamen mét die doorhaling de constituerende factoren zijn voor het tenietgaan van de rang? Gezien hetgeen in het voorgaande werd betoogd, moet in ieder geval gesteld worden, dat wanneer de verklaring inderdaad aldus moet zijn, de rang van de schuld, zowel als de rang van het zakelijk recht tenietgaan.

Uitdrukkelijk wordt voorbehouden de hypotheek; deze mag niet tenietgaan. Mag dat niet gebeuren—de hypotheekhouder doet ook niet afstand van zijn recht van hypotheek, slechts geeft hij toestemming tot doorhaling—dan is onafwendbaar de conclusie dat na die doorhaling moet resteren een zakelijk recht, evenwel zonder rang, een hypotheek zonder de rang welke een zakelijk recht normaliter heeft, en zonder schuldrang. Welnu, een dergelijke figuur is moeilijk te plaatsen in ons zakenrechtelijk systeem, en haar scheppen, daartoe is geen reden, zolang er een meer aanvaardbare oplossing gevonden kan worden.

Heeft men op de bovengeschetste wijze de gewenste toestand geschapen—gesteld dat dit mogelijk is—dan zal ter voltooiing van de manoeuvre wederom in-

1. Asser-Van Oven, p.229, Asser-Scholten, p.546/7, Pitlo, p.430, Van Nierop, p.196; zie ook Van Mourik, W.P.N.R.4153. Rb. Utrecht, 20-3-1929, W.12036, N.J.1930, p.221 aanvaardt lichte en doet haar steunen op art.1375, waartegen terecht Asser-Scholten, p.547.

2. Aldus Scholten en Pitlo, zie vorige noot. Anders Suyling, V no 521.

3. Asser-Van Oven, p.230; Scholten, W.P.N.R.2271; Van Nierop, p.196/7.

4. Ofwel louter publicerend, maar dan dat de rang is tenietgegaan en niet het recht; dit gaat in de richting van hetgeen Libourel, Alg. Verg. Not. 1946, Corr. Blad juli 1946, p.201 e.v. voorstelt.

schrijving moeten plaatsvinden van de aanvankelijke hypotheek.

Ook hiermede wordt dan afgeweken van het normale procédé. Een normale inschrijving legt de laatste hand aan de wording van het zakelijk recht van hypotheek met de daaraan inherente rang van recht en schuld. De herinschrijving bij lichting zou alleen maar de rang wederom doen ontstaan, zou wederom de rang toevoegen aan het niet tenietgegane zakelijk recht.

Het constitutieve karakter van de inschrijving blijft weliswaar behouden bij een dergelijke herinschrijving, maar heeft slechts betrekking op een deel van hetgeen geconstitueerd wordt bij de primaire inschrijving. En hebben wij dan nog wel te doen met een inschrijving als bedoeld in art. 1226?

Ook hier treffen wij een figuur die in ons zakenrechtelijk systeem moeilijk is te plaatsen.

Indien men lichting op deze wijze analyseert, blijkt dat gebruik gemaakt wordt van figuren die ons zakenrechtelijk systeem niet kent. Men splitst het zakelijk recht af van de daaraan inherente rang en doet van de laatste afstand en denatureert aldus het zakelijk recht. Bovendien hanteert men een doorhaling en een herinschrijving die beide afwijken van de normale figuur.<sup>1</sup>

Daarbij komt dat indien slechts de rang, en niet het zakelijk recht tenietgaat, het 'opschuifstelsel' niet zuiver kan werken. Het opschuifstelsel dat een latere hypotheek een hogere rang geeft wanneer een voorgaande hypotheek vervalt, kan niet gebaseerd worden op de rang alleen, maar steunt mede op de eigenschap van de eigendom om uit te zetten, zodra een zakelijk recht waarmee zij is belast vervalt. Anders gezegd: het onderpand van de later gevestigde hypotheek wordt automatisch uitgebreid. Hoe moet dit echter wanneer niet de gehele voorgaande hypotheek tenietgaat, doch slechts haar rang? Indien men ook dan in rang wil laten opschuiven maakt men gebruik van een ander opschuifstelsel, dat niet gebaseerd is op de normaliter in het zakenrechtelijk systeem geldende regels. Tevens moet dan een andere verklaring gezocht worden voor het feit dat een later tot stand gekomen recht toch een uitgebreider onderpand heeft.

Overzien wij dit alles, dan komt een andere visie op het praktijkgebeuren aantrekkelijker voor, hoewel ook daartegen op sommige punten bedenkingen zijn aan te voeren.

Ik doel op hetgeen o.a. Libourel in 1946<sup>2</sup> betoogde. Kort weergegeven komt het hierop neer. Een hypotheek vereist verlening bij authentieke akte en vestiging door inschrijving ten hypotheekkantore. Nu kan de hypotheekhouder 'uiteraard', zo wordt gesteld, tot uitdrukking brengen, dat hij afziet van de rechten uit die inschrijving. De inschrijving wordt 'dus' 'ongedaan gemaakt' en de akte waarbij de hypotheek werd verleend resteert. Wederom kan op die akte inschrijving ge-

<sup>1</sup> Meijers formuleert het in de Toelichting, p 283 zeer kort de moeilijkheid bij het huidige lichten is, dat de hypotheekhouder afstand doet van zijn recht en er dus een nieuwe hypotheek zou moeten worden verleend. Dit wil de praktijk niet. Eggens, in Schermer-Eggens 1928, p 234 stelt voor reeds direct bij de hypotheekakte 'nu voor alsdan' opnieuw hypotheek te verlenen, Leopold, preadvies N J V 1930, p 52, citeert deze passage en stelt dat de Rb Utrecht, 20-3-1929, W 12036, N J 1930, p.221 dit erkent.  
<sup>2</sup> Corr. Blad juli 1946, p 201 e v.

nomen worden, alsdan met rang naar het moment van de tweede inschrijving.

Aantrekkelijker acht ik deze zienswijze omdat langs deze weg redenerend het normale opschuifstelsel minder in het gedrang komt. Indien inderdaad afstand gedaan kan worden van alle rechten voortvloeiend uit de inschrijving, lijkt, indien dit geschiedt, het zakelijk recht teniet te gaan, zodat de eigendom weer uitgroeit en de opvolgende hypotheek in rang opschuift. Ook daarom aantrekkelijker, omdat zij ons niet schijnt op te schepen met een zakelijk recht zonder rang. Verder zou een herinschrijving in deze visie meer overeenkomen met de primaire inschrijving. Ook hier zijn echter bedenkingen te maken.

Is het wel mogelijk om 'af te zien' van 'alle rechten' voortvloeiend uit de inschrijving en terug te keren tot de situatie zoals zij was in de periode tussen het passeren van de hypotheekakte en de inschrijving? En zo ja, hoe geschiedt dit? Door een niet aan vormvoorschriften gebonden 'afstand', terwijl de doorhaling dan de publikatie is van hetgeen is geschied? Dat alles zonder dat de hypotheek volledig tenietgaat? Of is de doorhaling constitutief en vereist om de afstand te effectueren? Hoe het antwoord ook luidt, in ieder geval zal het een andere doorhaling zijn dan de normale.

*Libourel stelt dat de inschrijving ongedaan wordt gemaakt; daarmee is echter niet verklaard hoe dit in zijn werk gaat. Bovendien: de consequentie dat het hypotheekrecht zou tenietgaan, wordt niet met evenzovele woorden getrokken.<sup>1</sup> Dat is een veeg teken. Immers de vraag doet zich voor wat het verschil is tussen de hier bedoelde afstand van de rechten voortvloeiend uit de inschrijving en een afstand van het recht van hypotheek. Het antwoord zou moeten luiden: in het tweede geval resteert niets, in het eerste geval rest de hypotheekverlening, de hypotheekakte, en dat laatste is kennelijk de bedoeling.*

Het is niet goed in te zien hoe verenigbaar is, dat enerzijds van alle rechten uit de inschrijving wordt afgezien en via het opschuifstelsel wijziging wordt gebracht in de rangorde, terwijl dit anderzijds niet hetzelfde zou zijn als het resultaat van afstand van het recht van hypotheek.

In Libourels verklaring komt het opschuifstelsel minder in het gedrang. Geheel zuiver kan het echter slechts werken, indien het zakelijk recht tenietgaat; de eigendom uitgroeit en dus een recht gerangschikt na de tenietgegangene hypotheek een breder onderpand verkrijgt; met andere woorden: opschuift.

De herinschrijving komt meer overeen met de primaire inschrijving; maar niet geheel, immers wanneer het recht van hypotheek niet is tenietgegaan kan het ook niet wederom ontstaan, alleen de rechten voortvloeiend uit de eerste inschrijving zouden weer opnieuw ontstaan. Het lijkt verdacht veel op een contradictio in terminis.

Daarenboven toont de bewering dat de wet nergens verbiedt om twee maal inschrijving te nemen op grond van één akte, nog niet aan dat dit mogelijk is op de

1. Libourel, Corr. Blad, juli 1946, p.203 stelt wel de vraag of de hypotheek tenietgaat, maar beantwoordt haar niet expliciet.

wijze zoals bij lichting gebeurt en dan ook zou passen in ons zakenrechtelijk systeem.<sup>1</sup> Het zou een fenomeen zijn dat slechts in het hypotheekrecht voorkomt en waarom zou dit wel bij hypothekeken en niet bij andere zakelijke rechten mogelijk zijn? Het zou kunnen steunen op gewoonterecht, maar dat zou juist niet als argument nodig zijn, naar Libourel betoogt.

Men stuit telkenmale op deze kernvraag: is het recht van hypotheek tenietgegaan of niet. Is het tenietgegaan dan is de rangopschuiving te verklaren, maar niet het feit dat geen nieuwe akte behoeft te worden opgemaakt; niet dat geen nieuwe hypotheek behoeft te worden verleend. Anderzijds komt dat niet overeen met het uitdrukkelijk voorbehouden van het recht van hypotheek. Het voorbehouden van het recht van herinschrijving, wat dit ook betekenen moge, lijkt beter te passen.

Is het recht niet tenietgegaan dan is de gehele figuur van lichting nog moeilijker te verklaren in deze visie.

Tenslotte moet volledigheidshalve een beroep op de Franse theorie en praktijk ter ondersteuning van deze visie, worden verworpen. En wel om de eenvoudige reden dat in het Franse systeem aan de inschrijving een andere functie (rangverlening afzonderlijk) wordt toegekend dan in het B.W.<sup>2</sup>

Alles bijeen kan ook van de uitleg van Libourel niet gezegd worden dat zij een bevredigende oplossing biedt. Er kleven teveel vage punten, onzekerheden aan.

De gedachte dringt zich op dat hier niets anders aan de hand is dan dat de praktijk een oplossing zoekt om de gewenste wijziging in de rangorde aan te brengen zonder dat consequent de normale weg wordt gevolgd. Waarschijnlijk omdat men meent dat dit te omslachtig en te duur is. Door art.1226 acht men zich gedwongen tot de manoeuvre van doorhaling en herinschrijving.

Beschouwt men overigens de gang van zaken in de praktijk nauwkeurig, dan brengt deze op nog een ander punt theoretische problemen. Gewoonlijk is het immers niet zo dat eerst wordt doorgehaald en vervolgens inschrijving plaatsheeft van de nieuwe hypotheek en daarna herinschrijving van de aanvankelijke hypotheek. De volgorde is gewoonlijk een andere. Men begint met de inschrijving van de nieuwe hypotheek, schrijft vervolgens de aanvankelijke hypotheek opnieuw in, om tenslotte de primaire inschrijving door te halen.<sup>3</sup> In de grond van de zaak stoelt dit op een zeer tekstuele interpretatie van art.1226, die aan het begrip inschrijving nauwelijks meer inhoud geeft dan het feitelijk gebeuren van het in een bepaalde volgorde ten hypotheekkantore inleveren van enige stellen borderellen.

1 Libourel, Corr. Blad juli 1946, p.203 stelt dat het 'puur verzinsel' is dat tweemaal inschrijven op een akte niet kan; 'het staat nergens'. Het beroep dat hij doet op de *wettelijke* inschrijvingsvernieuwingen is echter duidelijk ten onrechte.

2 Libourel, Corr. Blad juli 1946, p.204 beroept zich hierop; terecht anders Asser-Scholten, p.546.

3 Dit wordt niet altijd in de overwegingen betrokken, zie bijv. Asser-Van Oven, p 230 aan '... opstaan ...' door middel van roeiement '... gevolgd door ...' een nieuwe inschrijving, zal alsdan geen behoefte meer bestaan. Vgl. p.129 hiervoor



*Andere benadering*

In zijn Asser bewerking geeft Van Oven een m.i. wezenlijk andere benadering van de figuur van lichting.<sup>1</sup> Deze verdient de aandacht, niet omdat zij een geheel bevredigende oplossing zou bieden, maar omdat zij sterk gaat in de richting van een aanvaardbare theorie, met name door nadruk te leggen op de overeenstemming van alle betrokkenen om de rangorde te wijzigen en op het effectueren van die overeenstemming. In deze opvatting wordt geen beroep gedaan op het gewoonterecht; zij meent een verklaring voor het gebeuren te kunnen geven binnen het bestaande zakenrechtelijk systeem.

Kort weergegeven komt het door Van Oven verdedigde hierop neer. Doorhaling van de inschrijving kan worden gevraagd, niet alleen wanneer het recht teniet is gegaan, maar ook als een hypotheccair schuldeiser ten behoeve van een of meer andere bereid is afstand te doen van de rang<sup>2</sup> (cursivering v.O.) verbonden aan de oorspronkelijke inschrijving. Stemmen alle betrokkenen in met wijziging van de aanvankelijke rangorde dan bestaat daartegen geen enkel bezwaar; afstand van het gehele recht is mogelijk; afstand van de rang ten behoeve van andere schuldeisers is evenzeer mogelijk. Met het oog op art. 1226 is doorhaling en herinschrijving nodig ter effectuering van de afspraak tot wijziging.

Slechts één aspect van hetgeen door de inschrijving ontstond wil Van Oven laten vervallen. De inschrijving, zo betoogt hij<sup>3</sup>, is voorwaarde voor het ontstaan van het recht, terwijl de wet *daarnaast* (cursivering R.) aan de inschrijving de functie toekent van bepaling van de rangorde. De wet verbiedt niet 'dat met het oog op *die* (cursivering v.O.) functie de oorspronkelijke inschrijving door een nieuwe wordt vervangen'.<sup>4</sup>

De conclusie is in ieder geval dat z.i. het zakelijk recht niet tenietgaat; Van Oven beperkt het gehele gebeuren uitdrukkelijk tot het aspect rang. Dat hij daarbij de rang van het zakelijk recht niet onderscheidt van de schuldrang, meen ik te mogen aannemen. Het wordt echter niet uitdrukkelijk gesteld en een vergelijking met andere zakelijke rechten, waardoor dit tot uitdrukking zou moeten komen, trekt hij niet. Er wordt slechts gesproken over hypothecken.

Dat de hypotheek naar zijn mening bij het proces van lichten niet tenietgaat, blijkt ook duidelijk uit een passage handelend over de doorhaling, waarvan Van Oven<sup>5</sup> stelt, dat evenmin als een onjuiste doorhaling afdoet aan het voortbestaan van de hypotheek dit het geval is bij een doorhaling die 'slechts geschiedt om de rangorde te wijzigen'.

Gaat dus het recht van hypotheek niet teniet, dan kan voor het verwezenlijken van de rangwijziging geen gebruik gemaakt worden van het opschuifstelsel. Het doel moet dan langs een wezenlijk andere weg worden bereikt. Dat Van Oven inderdaad een essentieel andere weg schijnt te volgen is een winstpunt.

1. Asser-Van Oven, p.229/230.

2. Asser-Van Oven, p.229.

3. Asser-Van Oven, p.230.

4. Asser-Van Oven, p.230.

5. Asser-Van Oven, p.230.

De doorhaling bij lichting krijgt dan ook uitdrukkelijk een andere betekenis dan de doorhaling ingeval het recht is tenietgegaan. Zij dient om 'iets anders kenbaar te maken dan het tenietgaan van het recht'.<sup>1</sup> Consequent wordt ook aan de herinschrijving een andere functie toegekend dan aan de primaire inschrijving, die een tweeledige, splitsbare functie heet te hebben. De herinschrijving heeft alleen betrekking op de laatste van die twee: het bepalen van de rang.

Uitdrukkelijk laten bestaan van het recht van hypotheek; geen gebruik van het opschuifstelsel; een andere doorhaling; een herinschrijving met ander gevolg; dat alles zou ons op grond van het voorafgaande evenzeer tot een afwijzend oordeel moeten voeren, ware er niet de geheel andere benadering die inderdaad poogt om niet langs gebruikelijke en bekende figuren, doch via een aparte constructie, tot verklaring van lichting te komen.

Begrijp ik Van Ovens constructie goed dan komt het hierop neer: het is acceptabel dat alle betrokkenen tezamen overeen kunnen komen, dat zij in de rangorde wijziging brengen. De mogelijkheid daartoe zou bestaan, omdat de betrokkenen samen gerechtigd zijn te beschikken over de rangorde en dit laatste is het geval, omdat afstand van de rang vrijstaat waar ook afstand van het gehele recht vrijstaat. Heeft men een dergelijke overeenkomst gesloten, dan vereist art. 1226 dat effectueering geschiedt door middel van doorhaling en herinschrijving. Deze doorhaling en herinschrijving vormen dan tezamen als het ware de zakenrechtelijke fase van het tot stand komen van de rangwijziging. Van Oven hecht dan ook aan de doorhaling uitdrukkelijk meer dan administratieve waarde: 'zij is noodzakelijke voorwaarde ter effectueering van de afspraak om de rang te wijzigen'.<sup>2</sup>

Hiermede zou dan ook een oplossing gegeven worden voor een van de andere reeds gesignaleerde problemen: nl. wat is de verklaring voor de uitbreiding van onderpand welke de latere hypotheek ondergaat als van het opschuifstelsel geen gebruik wordt gemaakt? Het in rang gepromoveerde recht krijgt een onderpand breder dan dat waarop het werd gevestigd, zonder dat deze onderpandsuitbreiding naar ons zakenrechtelijk systeem zou zijn te verklaren.

In Van Ovens visie maakt men bij lichting als het ware een onderlinge herverdeling in de totale belasting van het betrokken onderpand. De totale belasting wordt groter, noch kleiner, slechts de verdeling onderling wordt anders. Alle betrokkenen—het blijft vooralsnog een vraag of daaronder ook de eigenaar gerekend moet worden—sluiten een obligatoire overeenkomst tot rangwijziging en deze wordt zakenrechtelijk geëffectueerd door de doorhaling en de herinschrijving.

De praktijk denkt echter iets anders te doen, van andere middelen gebruik te maken, dan Van Oven schildert. Met name kan men zich moeilijk aan de indruk onttrekken, dat de praktijk meent gebruik te maken van het opschuifstelsel.

1. Asser-Van Oven, p.229.

2. Asser-Van Oven, p.230; Vgl. ook Van Mourik, W.P.N.R.4153.

Voorts zou ik willen opmerken, dat van die overeenkomst tot rangwijziging op een wat summiere wijze blijkt. In feite zou zij blijken uit de toestemming tot doorhaling met behoud van het recht van hypotheek, en uit de volgorde van inschrijving en herinschrijving. Nergens wordt bijvoorbeeld in de betrokken stukken aangegeven aan wie de hypotheekhouder die opstaat, bereid is voorrang te geven, dit blijkt hoogstens uit mondelinge afspraken of uit een briefwisseling

Onze conclusie luidt, dat over het geheel genomen de door Van Oven verdedigde conceptie een goede basis biedt voor een regeling welke uitdrukkelijk in de wet zou moeten worden opgenomen. Of thans reeds zonder wettelijke steun en zonder een beroep te doen op het gewoonterecht, de figuur zoals Van Oven haar voorstelt in ons zakenrechtelijk systeem ligt opgesloten, moet ernstig worden betwijfeld.

Voor het huidige recht lijkt, ook wanneer men Van Ovens constructie volgt, een beroep op het gewoonterecht nodig, doch ook gerechtvaardigd, om de lichter te verklaren. De figuur moet als door gewoonte gewettigd worden aanvaard.<sup>1</sup>

Daarbij moet de analyse van Van Oven als het meest passend in ons zakenrechtelijk systeem worden aanvaard.

Dit leidt in ieder geval tot de conclusie, dat het wenselijk is in het Ontwerp-B.W. een regeling dienaangaande op te nemen

#### *Opstaan in geval van belasting met meerdere zakelijke rechten*

Lichter wordt gebruikt om een latere hypotheek voorrang te verlenen. Indien het betrokken onderpand met meerdere hypotheeken is belast zal in de praktijk de medewerking van alle hypotheekhouders gevraagd worden. De mogelijkheid dat bijvoorbeeld een eerste hypotheekhouder van rang zou verwisselen met een vierde hypotheekhouder, zonder dat daaraan de tweede en de derde hypotheekhouder medewerken, kent men niet. Dit zou, zoals hierna aan de hand van het Ontwerp-B.W. nader wordt uitgewerkt, vreemde consequenties hebben. Het zou leiden tot twee rangorden: één tussen de aanvankelijke eerste en vierde hypotheekhouder onderling en één tussen deze twee en de tweede en derde hypotheekhouder.

In feite zullen alle betrokken hypotheekhouders medewerken.

Soortgelijk is het geval dat tussen de van rang te verwisselen hypotheeken een zakelijk recht is gerangschikt. Stelt men zich op het m.i. juiste standpunt dat alle betrokkenen<sup>2</sup> moeten medewerken, dan moet ook de zakelijk gerechtigde zijn medewerking verlenen. Zoals in een volgende passage besproken zal worden, bestaat hiertegen geen bezwaar, zodat het probleem, als het zich al voordoet, oplosbaar is.

1 In die zin o a. Asser-Scholten, p 546/7 en Pitlo, p 430. Overigens zijn ook dan nog niet alle problemen opgelost, bijv. de verhouding tot huur en zakelijke genotsrechten

2. Asser-Van Oven, p 229

*Opstaan en huur*

Moelijker wordt het indien huur een rol speelt. Bekend is het voorbeeld van een tweede hypotheekhouder die opstaat, omdat de eerste hypotheek moet worden vervangen door een nieuwe eerste hypotheek, terwijl in strijd met het door de tweede hypotheekhouder gemaakte beding van art. 1230 een pachtovereenkomst was gesloten. Wordt deze pacht ten gevolge van het opstaan door de tweede hypotheekhouder ook ten opzichte van deze onaantastbaar?<sup>1</sup> (In het volgende betoog wordt gemakshalve over huur gesproken, waarvoor hetzelfde geldt.)

Neemt men aan dat alle rechten uit de inschrijving ontstaan, door opstaan verloren gaan, dan zal ook het huurbeding zijn kracht verliezen. Daaruit wordt wel de conclusie getrokken, dat dan ook de betrokken huur onaantastbaar wordt. Afgezien van de vraag hoe dit precies gezien moet worden: hiervoor werd het opstaan anders geïnterpreteerd en aangenomen dat *niet* alle rechten uit de inschrijving verloren gaan.

Een oplossing voor de onderhavige kwestie zou als volgt gevonden kunnen worden:

De huur zal in het gegeven voorbeeld onaantastbaar zijn voor de nieuwe hypotheek. Op dit uitgangspunt valt niet af te dingen. Zou men nu aannemen, dat zij niet tevens onaantastbaar wordt voor de tweede hypotheekhouder, dan ontstaat de vreemde situatie dat de nieuwe eerste hypotheekhouder de huur zou hebben te accepteren, maar de tweede hypotheekhouder niet. Ware huur met de beide hypotheeken opgenomen in één rangorde, dan zou men dit aldus kunnen weergeven: de huur is gerangschikt ná de aanvankelijke tweede hypotheek, maar vóór de nieuw te vestigen hypotheek die eerste moet worden.

Wil de rang van deze twee hypotheeken verwisseld worden, dan moet voor het huidig recht de oplossing daarin worden gezocht, dat in het opstaan door de tweede hypotheekhouder begrepen geacht wordt een afstand van het recht gebruik te maken van het huurbeding tegen huur tot stand gekomen vóór het vestigen van de nieuwe hypotheek.<sup>2</sup> De tweede hypotheekhouder laat de nieuwe hypotheek voorgaan; dan moet hij ook laten voorgaan het recht, dat voor die nieuwe hypotheek onaantastbaar is.

Het resultaat is dus gelijk aan dat waartoe men komt als men alle rechten uit de inschrijving door opstaan laat vervallen. Betreft het echter een geval van een eerste en tweede hypotheekhouder die beiden het huurbeding maakten, terwijl daarna in strijd daarmee een huur gesloten wordt, dan zal rangwisseling in de door ons verdedigde opvatting tot een ander resultaat leiden. Beide hypotheekhouders zullen ook na de onderlinge rangwisseling van hun huurbeding gebruik kunnen blijven maken.

1. Houwing, W.P.N.R.4453 Rvr. Ia n.a.v. Rvr. in W.P.N.R.4417 antwoordt positief: de rechten uit de inschrijving gaan teniet.

2. Dit doet denken aan de methode van opstaan in het Oud-Vaderlands recht, waar opstaan door de eerste hypotheekhouder t.b.v. een aanstaande vierde hypotheekhouder resulteerde in een rangorde waarin de vierde derde werd en de eerste vierde.

### 3. RANGWISSELING TUSSEN HYPOTHEKEN EN ANDERE ZAKELIJKE RECHTEN

Zoals hiervoor beschreven, wordt de huidige praktijk van lichten door middel van doorhalen en herinschrijven geaccepteerd voor hypotheeken onderling. Zodra het er echter om gaat een hypotheek en een zakelijk genotsrecht te behandelen als waren zij in een andere volgorde ontstaan dan in feite is geschied of geschieden zal, bedient de praktijk zich van andere middelen

Waarom echter zou niet ook voor rangwisseling tussen hypotheeken en andere zakelijke rechten deze figuur kunnen worden gebruikt? Wanneer men overeen kan komen wijziging te brengen in de rangorde van hypotheeken onderling, waarom dan niet in de rangorde bestaande tussen hypotheeken en andere zakelijke rechten? Een argument voor beperkt gebruik van lichting kan zijn, dat de gewoonte slechts dit beperkte gebruik toelooft en niet de figuur van rangwijziging als zodanig, geabstraheerd van de zakelijke rechten waarop zij betrekking heeft. Wanneer echter voor een door gewoonte gewettigde figuur een uitleg gevonden wordt welke het zakenrechtelijk systeem geen geweld aandoet, zou men uitbreiding van de toepassing van die figuur kunnen aanvaarden. Wel zal de eis gesteld kunnen worden dat 'lichting' of rangwisseling tussen hypotheeken en zakelijke rechten dan ook als zodanig tot uitdrukking komt.

Voor zover mij bekend komt de figuur van lichting, anders dan voor hypotheeken onderling, in de praktijk niet voor. Zoals opgemerkt, bedient men zich van andere middelen.

In het geval een hypotheek gevestigd moet worden op een onderpand dat reeds met een zakelijk genotsrecht is belast, tracht men rangwisseling te bereiken door bloot-eigenaar en zakelijk gerechtigde tezamen hypotheek te laten geven. In hoofdstuk III kwam dit reeds ter sprake. Vaak echter wenst de hypotheekhouder duidelijk één hypotheek op de volle eigendom, bij deze oplossing is dit niet het geval. Daarbij komt nog, dat in sommige gevallen deze methode niet gevolgd kan worden, omdat het betrokken zakelijk recht niet verhypothekend kan worden, zoals bij gebruik en bewoning en bij erfdienstbaarheden

Ook het omgekeerde doet zich voor: een hypotheekhouder die bereid is een na zijn recht gevestigd of te vestigen zakelijk recht te laten voorgaan. Ook hier zoekt de praktijk naar een sluitende oplossing. Zoals hiervoor reeds is besproken, bestaat de mogelijkheid dat de hypotheekhouder als het moment van executie eenmaal is aangebroken, afziet van zijn recht het latere zakelijke recht te negeren en een belast onderpand uitwint.<sup>1</sup> Dit verplaatst de beslissing evenwel naar het moment van uitwinning, terwijl het gewenst kan zijn reeds direct zekerheid daaromtrent te hebben. Bovendien kunnen zich moeilijkheden voordoen, indien tussen de eerste hypotheekhouder en de betrokken zakelijk gerechtigde nog andere hypotheekhouders of zakelijk genotsgerechtigden gerangschikt zijn

Beide gevallen verdienen nader de aandacht

<sup>1</sup> Asser-Van Oven, p 164, Pitlo, p 417

Om te bereiken, dat een hypotheek *zal* voorgaan op een eerder gevestigd zakelijk recht, althans op het meest urgente moment: bij de executie, laat men in de praktijk wel de gerechtigde tot dat zakelijk recht ten behoeve van de hypotheekhouder afstand doen van zijn recht. Echter niet onmiddellijk en onvoorwaardelijk. De afstand wordt gedaan 'nu voor alsdan' onder de opschortende niet terugwerkende voorwaarde dat de hypotheekhouder tot executie overgaat.

Hiermede is het doel bereikt, althans zo lijkt het op het eerste gezicht. Als de nood aan de man komt, kan de hypotheekhouder beschikken over de volle eigendom. Door het tenietgaan van het zakelijk recht ingevolge de afstand, groeit de blote eigendom welke werd verbonden uit tot volle eigendom.

Het voordeel van deze methode is, dat de zakelijk gerechtigde gebonden is. Hij belooft niet alleen afstand te zullen doen, doch doet dit ook direct, zij het onder opschortende voorwaarde. Daarmede is de terugweg afgesneden en heeft de hypotheekhouder zekerheid dat hem te zijner tijd de volle eigendom verbonden zal zijn. Bovendien werkt deze methode bijzonder eenvoudig, zij is niet gebonden aan enig vormvoorschrift. In de praktijk wordt de afstand opgenomen in de hypotheekakte of in een afzonderlijke verklaring welke aan die akte wordt gehecht.

Daartegenover staat, dat in feite het doel wordt voorbij geschoten. De zakelijk gerechtigde is door de vervulling van de voorwaarde zijn gehele recht kwijt. Hij heeft niet met de hypotheekhouder van rang gewisseld, zijn recht is tenietgegaan.<sup>1</sup> Men zou dit bezwaar misschien willen weerleggen door te stellen dat bij zuivere rangwisseling de zaak in wezen niet anders ligt, omdat dan bij uitwinning het latere zakelijke recht ook tenietgaat, wanneer de hypotheekhouder volle eigendom verkoopt, terwijl de zakelijk gerechtigde niet kan opkomen in de rangregeling. Dit argument spreekt mij niet aan omdat ik het gezien het voorgaande niet eens ben met het slot van het argument.

Voorts lijkt mij juridisch-technisch niet wel uitvoerbaar een afstand die wel ten behoeve van een eerste, maar niet ten behoeve van een tweede hypotheekhouder geldt. Ook niet wanneer de tweede hypotheekhouder bereid zou zijn medewerking te verlenen. Differentiatie is dus niet mogelijk.

Er zij overigens in dit verband op gewezen, dat onder vigeur van de in het Ontwerp-B.W. voorgestelde regeling afstand niet meer zo eenvoudig zal zijn; terecht stapt het ontwerp op dit punt af van de vormvrijheid (art 3.4.2.11.). De vraag is voorts of voorwaardelijke afstand mogelijk is.

Thans het omgekeerde van de zojuist besproken figuur. Hoe bereikt men dat een zakelijk genotsrecht, dat bij de hypotheek achterstaat of zal staan, toch door de hypotheekhouder zal worden geaccepteerd en bij een eventuele uitwinning in stand zal blijven? Met andere woorden hoe bereikt men in dit geval zekerheid omtrent rangwisseling vóór dat er sprake is van uitwinning? Is dit laatste wel het geval en is het onderpand niet verder belast, dan kan het gewenste resultaat bereikt worden door het onderpand belast met het zakelijk recht uit te winnen.

<sup>1</sup> Afstand werkt echter niet ten nadele van diegene die op zijn beurt op het betrokken recht een beperkt recht heeft.

Een figuur waarbij de hypotheekhouder met de eigenaar medewerkt aan het tot stand komen van het zakelijk genotsrecht, zodat daardoor als het ware de volle eigendom wordt belast—een parallel dus van hypotheek verstrekt door de bloot-eigenaar en de zakelijk gerechtigde tezamen—kennen wij niet.

Een door de hypotheekhouder gegeven toestemming om het te zijnen behoefte verbonden onderpand verder te belasten is irrelevant. Immers daartoe bestaat ook zonder toestemming alle vrijheid, behoudens een obligatoir werkend verbod in de hypotheekakte. Toestemming zou echter eventueel uitgelegd kunnen worden als een accepteren.

Een nog andere mogelijkheid zou zijn de parallel van de hierboven beschreven afstand. Kan de hypotheekhouder afstand doen van zijn recht uit te winnen met voorbijgaan van het zakelijk genotsrecht? Bij mijn weten wordt deze figuur in de praktijk zelden gebruikt, maar ik zie geen reden om te stellen dat zij onmogelijk of niet rechtsgeldig zou zijn. Deze methode heeft het voordeel dat de hypotheekhouder onherroepelijk is gebonden; het recht om het latere zakelijke genotsrecht te negeren heeft hij opgegeven. Het is echter de vraag of deze afstand zakelijk werkt; is ook een rechtsopvolger onder bijzondere titel van de hypotheekhouder eraan gebonden? Dit is niet zeker.

Opmerkenswaard is het dat deze afstand voor de hypotheekhouder veel minder verstrekkende gevolgen heeft dan het geval is bij de zakelijk gerechtigde die onder opschortende voorwaarde van uitwinning afstand doet ten behoeve van de hypotheekhouder. In laatstbedoeld geval is de zakelijk gerechtigde zijn recht geheel kwijt, terwijl de hypotheekhouder in het onderhavige geval slechts de zakelijk gerechtigde moet laten voorgaan. Het onderhavige geval lijkt in zijn uitwerking op zuivere rangwisseling.

Het is verdedigbaar de bovenbedoelde toestemming van de hypotheekhouder tot verdere belasting van het te zijnen behoefte verbonden onderpand te verstaan als afstand van het recht op integrale executie. Accepteert men deze mogelijkheid van afstand, dan is voor sommige gevallen langs deze weg op bevredigende wijze een resultaat te bereiken als bij rangwisseling.

### *Acceptatie bij uitwinning*

Met betrekking tot afstand van het recht op uitwinning van het *volledige* onderpand moet nog een kwestie besproken worden.

Het geval dat een uitwinnende hypotheekhouder géén afstand doet van zijn recht een later zakelijk genotsrecht te negeren bij de uitwinning bleek moeilijkheden op te leveren. De zakelijk genotsgerechtigde wordt niet overeenkomstig zijn rang recht gedaan. De wet kent hem niet als compensatie voor het vervallen van zijn zakelijk genotsrecht, een bij voorrang verhaalbare schadevergoeding toe. Ook indien na het zakelijk genotsrecht *nóg* een hypotheek op het onderpand rustte en rangregeling wordt geopend, komt de zakelijk genotsgerechtigde in het nauw. In het spoor van Suijling en Van Oven, en vooruitlopend op het Nieuwe B.W. werd voor deze kwesties een oplossing gegeven door de zakelijk genotsgerechtigde in de rangregeling op te nemen.

Ook het onderhavige geval waarbij wél afstand wordt gedaan van het recht om te negeren—een quasi rangwisseling—levert moeilijkheden op, indien het onderpand verder is belast dan alleen met één hypotheek en één zakelijk recht. Stel dat de eerste hypotheekhouder, zonder dat de tweede evenzo handelt, een na de tweede hypotheek gevestigd of te vestigen zakelijk genotsrecht accepteert, in die zin dat hij een belast goed verkoopt.

In eerste instantie lijkt daartegen misschien weinig aan te voeren, doch de uitwerking leert anders. Het betekent niet, dat de eerste hypotheekhouder en de als derde gerangschikte zakelijk gerechtigde onderling van plaats verwisselen, dat er tussen hen rangwisseling plaatsvindt. Neen, de rangorde wordt op een geheel andere wijze verstoord. Door toedoen van de eerste hypotheekhouder zou de als derde gerangschikte zakelijk genotsgerechtigde eerste in rang worden, gevolgd door de eerste en de tweede hypotheekhouder. Dat een dergelijke handelwijze de tweede hypotheekhouder aanmerkelijk kan schaden is duidelijk. Indien de opbrengst van het met het zakelijk genotsrecht belaste goed onvoldoende is om de beide hypothecaire schulden te verhalen, is de tweede hypotheekhouder het kind van de rekening is.<sup>1</sup>

Zoals reeds is opgemerkt in hoofdstuk III, is dit probleem niet op te lossen door te aanvaarden dat in de rangregeling ook zakelijke genotsrechten betrokken kunnen worden. Daardoor zou het probleem alleen dan zijn op te lossen, indien tevens de regel zou gelden, dat bij uitwinning alle zakelijke rechten welke achterstaan bij het recht van hem die uitwint, vervallen. Daarom levert dit geval in het Ontwerp-B.W. geen moeilijkheden op; het kan zich niet voordoen.

De grondoorzaak van het probleem ligt ook niet bij de rangregeling; het is een kwestie van een onaanvaardbare rangwijziging. Het is niet acceptabel, dat de eerste hypotheekhouder door een dergelijke manoeuvre eigenhandig de heersende rangorde zou kunnen wijzigen, dus zonder dat de tweede hypotheekhouder zijn medewerking verleent, dat wil zeggen zonder dat ook de tweede hypotheekhouder het zakelijk genotsrecht accepteert. Evenwel, het moge dan niet acceptabel zijn, aangezien wij ervan uit zijn gegaan, dat de hypotheekhouder door bij uitwinning een belast goed te verkopen het latere zakelijke genotsrecht kan laten bestaan, zou hij in feite toch in staat zijn de rangwijziging te forceren. Daarom zal een antwoord gevonden moeten worden op de vraag wat een tweede hypotheekhouder in een dergelijk geval vermag.

Indien de tweede hypotheekhouder tevoren op de hoogte zou zijn van de veilingcondities, waarin in een dergelijk geval moet staan dat een belast goed verkocht wordt, zou hij daartegen kunnen opkomen. Hij zou kunnen eisen, dat een onbelast goed wordt verkocht. Hem werd immers een onderpand verbonden, dat afgezien van de eerste hypotheek onbelast was. De tweede hypotheekhouder zal gewoonlijk op de hoogte zijn van de veiling door betekening cf. art.1255.<sup>2</sup> Hij

1. Vgl. Pitlo, p.417, Asser-Van Oven, p.164

2. Art.1255 is in dit opzicht beperkt: alleen de ingeschreven hypotheekhouders zijn bedoeld, zie H.R. 4-6-1956, N J 1957, no 479; Asser-Van Oven, p.195, anders F.M. Jansen, Executie en beslagrecht, p.157.



zou dan de veilingcondities kunnen opvragen; deze zullen hem als belanghebbende moeilijk geweigerd kunnen worden. Hij zal zo nodig het oordeel van de rechter kunnen vragen over de inhoud, naar analogie van art. 520 Rv. Voor het komende recht zou voor dergelijke gevallen een algemene verplichting tot kennisgeving kunnen worden opgenomen, aangevuld met een regel als vervat in art. 520 Rv. Een andere mogelijkheid is nog dat de tweede hypotheekhouder de eerste aflöst en de uitwinning overneemt.<sup>1</sup>

Gesteld echter dat de tweede hypotheekhouder gedupeerd is door een uitwinning waarbij het belaste goed werd verkocht. Hij zal dan in ieder geval kunnen trachten de schade op de eerste hypotheekhouder te verhalen door middel van een vordering op grond van art. 1401.<sup>2</sup> Een op zijn geval toegesneden middel geeft de huidige wet hem evenwel niet.

Aangezien hiervoor werd gesteld, dat de eerste hypotheekhouder niet eigenmachtig de rangorde kan wijzigen, wat hij in feite toch doet door als verondersteld te verkopen, zou men geneigd kunnen zijn te stellen dat een dergelijke verkoop dan ook onmogelijk is. Maar de consequentie dat de veiling nietig zou zijn, is moeilijk in overeenstemming te brengen met het feit dat ook de tweede hypotheekhouder van zijn recht kan afzien. Daarom lijkt het beter aan te nemen dat de veiling vernietigbaar is op vordering van de tweede hypotheekhouder en dat herveiling geëist kan worden echter van het onbelaste goed. Indien de koper voorzichtig te werk gaat en weigert de koopsom te betalen, tenzij in depot bij een neutraal persoon, i.c. de notaris die de veiling heeft gehouden, behoeft over zijn rechten geen zorg te bestaan. Eventuele schade zal hij op de eerste hypotheekhouder kunnen verhalen.

Om de tweede hypotheekhouder te hulp te komen zou nog een andere weg gevolgd kunnen worden. Men zou kunnen stellen, dat de tweede hypotheek in een dergelijk geval niet teniet kan gaan door zuivering, omdat de verkoop niet op de voor zuivering vereiste wijze heeft plaatsgehad. Formeel moge de verkoop in overeenstemming zijn met de voorschriften, zij strijdt met de materiële inhoud, immers de tweede hypotheekhouder wordt niet overeenkomstig zijn rang recht gedaan.<sup>3</sup>

Het nadeel van deze oplossing is, dat zij met zich kan brengen dat een goed meer dan eenmalig voor dezelfde hypotheek kan worden uitgewonnen, hetgeen mij niet juist voorkomt, ofschoon dit ook het geval kan zijn indien om enige andere reden geen zuivering kan plaatshebben.

Een soortgelijk resultaat is ook langs andere weg te beredeneren, wanneer het uitgangspunt, dat de hypotheekhouder de keuze heeft tussen verkoop van het onbelaste goed en verkoop van het belaste goed, als volgt wordt geïnterpreteerd.

1 Asser-Van Oven, p 164

2 Asser-Van Oven, p 164, Pitlo, p 417

3 Vgl voor een soortgelijk geval compensatie door de eerste hypotheekhouder ten nadele van de tweede H R 2-11-1956, N J 1958, no 398 Asser-Van Oven, p 200

Verkoop van onbelast goed betekent verkoop van het *volledig onbelaste* goed: de tweede hypotheek zal vervallen door aflossing en/of zuivering, het latere zakelijke recht vervalt door negatie en kan door middel van vervangende schadevergoeding worden opgenomen in de rangregeling. Verkoop van belast goed betekent: verkoop van *volledig belast* goed, dat wil zeggen met tweede hypotheek en met zakelijk genotsrecht in die volgorde. Het resultaat is dan hetzelfde als bij niet-zuivering: de tweede hypotheek blijft rusten op het onbelaste goed.

Wil men aan dergelijke oplossingen ontkomen, dan zal de thans bestaande mogelijkheid dat latere zakelijke rechten bij uitwinning worden geaccepteerd moeten worden afgesneden. Dat zou kunnen, indien daarop aansluitend een rangregeling bestaat waarin alle vervallen zakelijke rechten kunnen worden opgenomen, terwijl de mogelijkheid moet bestaan vooraf rangwisseling te verkrijgen tussen hypotheeken onderling alsook tussen hypotheeken en zakelijke rechten.

Hiermede is echter tevens gezegd, dat men voor rechten die niet tot de categorie zakelijke rechten behoren: de persoonlijke rechten en de semi-zakelijke rechten, met het probleem blijft zitten. Tenzij men zou aannemen, dat naar analogie van het vervallen van alle achterstaande zakelijke rechten ook alle achterstaande semi-zakelijke rechten en alle persoonlijke rechten bij uitwinning zullen vervallen, zonder dat de mogelijkheid bestaat deze rechten te laten voortbestaan, respectievelijk op te leggen. Wordt de laatstbedoelde mogelijkheid niet afgesneden, dan blijft de kans bestaan dat de uitwinnende hypotheekhouder door acceptatie eventuele latere zakelijk gerechtigden tekort doet en zal men zijn toevlucht moeten blijven zoeken tot een der aangegeven uitwegen.

#### 4. REGELING IN HET ONTWERP-B.W.

De conclusie dat het Ontwerp-B.W. een regeling voor de figuur van lichting dient te bevatten, heeft ook Meijers getrokken in navolging van hem voorafgaande ontwerpers voor hypotheekrecht.<sup>1</sup>

In art.3.9.4.6. wordt expressis verbis de mogelijkheid geopend een *vordering* in de hypotheekakte een hogere rang toe te kennen dan haar volgens de *dag van inschrijving* toekomt. Vereist is dat zij wier schuldvorderingen dientengevolge in rang wijziging ondergaan, daarmede instemmen. Deze toestemming moet blijken uit die akte of uit een aan de voet daarvan gestelde afzonderlijke notariële akte.

Voorts wordt in art.3.9.4.12. een regeling gegeven voor het geval dat een hypotheekhouder een later zakelijk recht wil laten 'voorgaan'. Deze laatste regeling werkt technisch gezien op een andere wijze. Op dit verschil en op de vraag of de regelingen van art.3.9.4.6 en art.3.9.4.12 niet moeten worden samengebracht in één voor beide gevallen gelijkkluidende regeling, wordt hierna teruggekomen.

Het is toe te juichen dat het Ontwerp-B.W. aan deze rechtsfiguur een wettelijke

1 Zo bijv. het Ontwerp-1916

basis wil verschaffen. Men krijgt echter de indruk, dat dit wel wat al te eenvoudig is geschied. Hoewel het ontwerp toch een wezenlijk andere benadering van de rangwijziging lijkt te geven, volstaat het er nagenoeg mee de rangwijziging expliciet geldig te verklaren, zonder dat de ontwerper zich nauwkeurig rekenschap geeft van wat er in feite gebeurt. Een betere theoretisch fundering zou de wetsregel niet ontsieren.

Symptomatisch daarvoor zou ik willen noemen de toelichting van Meijers<sup>1</sup>; zij signaleert de wensen van de praktijk op dit punt en de moeilijkheid dat ter vervulling van deze wensen de hypotheek teniet zou moeten gaan en opnieuw zou moeten worden verleend, iets wat de praktijk niet wenst. Welnu schijnt de toelichting te zeggen: dan geven we in de wet een regel dat dit ook inderdaad niet behoeft. Daarmede is de kous dan wel zo ongeveer af. Een verklaring is wellicht te vinden in de duidelijk beperkte opzet van Meijers. Dat verklaart misschien ook dat de regel van art.3.9.4.12 lid 1 niet met die van art.3.9.4.6. in verband is gebracht en deze materie niet in één artikel is geregeld, terwijl het toch in de grond van de zaak om een identiek probleem gaat.

Allereerst verdient het uitgangspunt van het Ontwerp-B.W. nader de aandacht.

De regeling van art.3.9.4.6. ziet er duidelijk van af gebruik te maken van het opschuifstelsel of van iets wat een surrogaat daarvan is. Het artikel wil een zelfstandige regel voor rangwijziging geven, welke rangwijziging in haar totstandkoming niet afhankelijk is van bestaande figuren als doorhaling en inschrijving, welke figuren feitelijk een ander doel hebben en in ons huidig stelsel van lichten en herinschrijven 'pour besoin de la cause' gehanteerd worden. (In het Ontwerp-B.W. geldt het principe van art.1226 evengoed als thans.)

Het Ontwerp-B.W. zoekt daarmede terecht een principieel andere weg.<sup>2</sup> Het gaat in eenzelfde richting als ik bij Van Oven meen te ontwaren; dat daarvoor een wettelijk fundament strikt noodzakelijk is moge dan geen communis opinio zijn<sup>3</sup>, dat het gewenst is, staat vast. Men zou verwachten, dat dit in de toelichting tot uitdrukking zou komen. Dit is echter getuige de zojuist gereleveerde passage niet het geval. Toch meen ik mij niet aan 'hinein'-interpretatie schuldig te maken, wanneer ik het ontwerp aldus versta. Twee belangrijke punten wijzen op die andere benadering.

Vooreerst spreekt art.3.9.5.6. over een 'hogere rang dan volgens de *dag*<sup>4</sup> der inschrijving' aan een vordering toekomt. Voorts moet uit één stuk dat moet worden ingeschreven blijken, dat zij wier schuldvorderingen diensgevolge wijziging ondergaan daarin toestemmen. Hiermede is de basis gelegd voor de goede oplossing. Er wordt een mogelijkheid geschapen bij overeenkomst te bepalen, dat een hogere rang wordt toegekend dan correspondeert met het moment van inschrij-

1. Toelichting, p.283.

2. Uit de laatste zin van de eerste helft der tekst op p.230 in Asser-Van Oven, kan worden afgeleid dat Van Oven het Ontwerp-B.W. in die zin interpreteert.

3. Uit het betoog van Van Oven is af te leiden dat hij dit niet nodig acht.

4. Het is waarschijnlijk een vergissing dat hier niet gesproken wordt over 'dag en uur', of over 'tijdstip' cf. art.3.9.4.4.

ving. Er wordt als het ware een nieuwe 'zakelijke overeenkomst'—om gemakshalve deze minder fraaie term te gebruiken—in het leven geroepen strekkende tot wijziging van de rang.<sup>1</sup> De vorm wordt tevens aangegeven. Terecht eist de Ontwerper opname in een notariële akte: in een afzonderlijke notariële akte of in de hypotheekakte. Dat dit zakenrechtelijk handelen ook verder volgens de gebruikelijke methode wordt geëffectueerd, staat eveneens vast; immers de notariële akte moet worden ingeschreven alvorens effect te sorteren.

Is aldus de basis gelegd en zijn de essentialia aanwezig voor een nieuwe krachtens de wet in het zakenrechtelijk systeem opgenomen mogelijkheid tot rangwijziging of zo men wil: voor een uitbreiding van de mogelijkheden van het traditionele zakenrechtelijk systeem, niet is aldus een regel gegeven welke volledig bevredigt.

Aan de hand van een analyse van de voorgestelde artikelen, en tegen de achtergrond van hetgeen in het voorafgaande over lichting werd opgemerkt, zal een poging gedaan worden aan te geven waar die regeling verbetering behoeft.

Het valt op, dat het nieuw voorgestelde artikel spreekt over de rang van de 'schuldvordering'. Na hetgeen hiervoor, voornamelijk in hoofdstuk II, is opgemerkt over de rang van het zakelijk recht en de rang van de verzekerde schuld, die wel te onderscheiden maar niet te scheiden zijn, behoeft het nauwelijks betoog, dat ik deze beperking onjuist acht. Wil de wet een goede regeling geven voor dit onderwerp, dan zal zij zich in ieder geval niet mogen beperken tot de schuldvang. Zij zal moeten spreken over de rang van de hypotheek, en daarmee de beide rangorden tezamen moeten nemen.

Dit is wederom een geval waarin de bij hypotheek extra aanwezige schuldvang de wetgever afleidt van het feit dat wij te doen hebben met een zakelijk recht. Het is enigszins merkwaardig, dat de wetgever op een ander punt wel de inpassing van hypotheeken en andere zakelijke rechten in een en dezelfde rij verwezenlijkt, nl. in art. 3.9.4.12. lid 2 dat reeds ter sprake is gekomen.

Hoe de wetgever rangwijziging ook wenst te regelen, in ieder geval zal hij het moeten doen voor het gehele recht van hypotheek, en niet slechts voor de verzekerde schuldvordering en liefst tevens voor hypotheeken en andere zakelijke rechten over en weer in dezelfde regel.

Artikel 3.9.4.6. stelt dat de hogere rang kan worden toegekend 'in een hypotheekakte' ... 'mits uit die akte of uit een aan de voet daarvan gestelde afzonderlijke akte' ... 'van toestemming blijkt'.

In het licht van de nadruk welke in het voorafgaande werd gelegd op het hanteren van een afzonderlijke figuur in ons zakenrecht, gestoeld op een wezenlijk andere benadering van rangwisseling, zou één duidelijke vorm geëist moeten worden voor de wijziging in de rang én de toestemming daartoe. Voorts zou de regel moeten worden uitgebreid.

Om met het laatste te beginnen: niet is in te zien waarom een wettelijke regel

1. Of niet ook de eigenaar hierbij betrokken moet worden komt hierna op p. 147 ter sprake.

de mogelijkheid van lichten of rangwijzigen zou beperken tot het geval dat een nieuwe hypotheek gevestigd moet worden en daartoe een nieuwe hypotheekakte moet worden gemaakt. Wanneer de wetgever toch deze figuur regelt, waarom dan niet voor alle gevallen waarin rangwijziging gewenst wordt? Ook voor die gevallen waarbij niet sprake is van een nieuwe hypotheek. Deze gevallen zijn weliswaar sterk in de minderheid, doch het openen van deze mogelijkheid versterkt het principe van de regel en er is niets tegen.

De gewenste uitbreiding brengt ons op de vorm waarin de rangwisseling zou kunnen geschieden. De eis dat zij in de hypotheekakte moet worden opgenomen, kan dan immers niet meer gesteld worden. Afstappen van deze eis verdient echter zoals reeds is aangeduid, ook om andere redenen de voorkeur: het opent de weg om een duidelijke vorm voor te schrijven. De tekst van het artikel zoals Meijers dat voorstelt, is op dit punt wat tweeslachtig: enerzijds moet de hogere rang worden toegekend 'in de hypotheekakte', anderzijds moet van de 'toestemming' blijken uit die hypotheekakte of uit een aan de voet daarvan te stellen afzonderlijke notariële akte. Deze facetten behoren echter bijeen. Alle betrokkenen—wie dat zijn, daarover hierna—komen overeen wijziging te brengen in de normaal ontstane of bij vestiging van een nieuwe hypotheek te ontstane rangorde en zij effectueren deze overeenkomst. De toekenning van de andere rang en de toestemming daartoe zijn onderdelen van een en dezelfde overeenkomst.

Het nieuwe artikel zou daarom moeten bepalen, dat wijziging van de naar het moment van inschrijving bepaalde of te bepalen rangorde van hypotheeken (en zakelijke rechten) op eenzelfde onroerend goed mogelijk is, en dat dit geschiedt door de inschrijving van een notariële akte waarbij allen wier zakelijk recht diensgevolge in rang wijziging ondergaat, aan die wijziging medewerking verlenen. Dit laatste sluit aan op de bepaling van art.3.9.4.2. omtrent het tot stand komen van hypotheeken; zou in deze uiteindelijk de keuze vallen op een formulering als vervat in art.3.4.2.4. voor eigendomsoverdracht, dan ware uiteraard het nieuwe art.3.9.4.6. dááran aan te passen.

De mogelijkheid dat de wijzigingsbevoegdheid gehanteerd wordt bij het vestigen van een nieuwe hypotheek, zodat niet hoeft te worden gewacht tot de nieuwe hypotheek tot stand is gekomen, moet gehandhaafd blijven. De beperking welke thans in art.3.9.4.6. gegeven wordt op dit punt gaat echter te ver.

Wordt de rangwijziging op deze wijze ingekleed, dan ontstaat weliswaar een afzonderlijke, maar dan toch een aan het zakenrechtelijk systeem aangepaste figuur, waarbij een obligatoir en een zakelijk gedeelte zijn te onderkennen welke volgens het gebruikelijk stramien worden afgewerkt.<sup>1</sup> Omdat het een afzonderlijke figuur wordt zal een wettelijke basis wenselijk zijn.

### *Alle betrokkenen*

Het Ontwerp-B.W. bepaalt in art.3.9.4.6. nauwkeurig dat 'zij wier schuldvorde-

1. Vgl. in deze de vraag in het Voorlopig Verslag hoe deze figuur moet worden gekarakteriseerd in de sfeer van het obligatoir en zakenrechtelijk handelen.

ringen dientengevolge in rang wijziging ondergaan', toestemming moeten geven, althans dat van die toestemming moet blijken Van Oven stelde in dit verband als voorwaarde de toestemming van 'alle betrokkenen' <sup>1</sup>

Hierbij doen zich drie kwesties voor, samen te vatten in de ene vraag wie zijn alle betrokkenen?

De eerste kwestie is moet niet ook de eigenaar van het belaste onroerend goed hierbij betrokken worden De tweede is een meer casuistische moet ook de mogelijkheid geopend worden dat twee in rang niet direct op elkaar volgende hypotheekhouders onderling tot rangwijziging overgaan, zonder dat de tussenliggende hypotheekhouder daaraan te pas behoeft te komen of zelfs kan komen Een derde probleem betreft huur <sup>2</sup>

Wat betreft de eigenaar het volgende Hij is degene die de aanvankelijke volgorde mede heeft vastgesteld, hij vestigde de betrokken rechten in die volgorde of zal die volgorde mede vaststellen, wanneer het de vestiging van een nieuw recht betreft Het maakt dus verschil of de gerechtigden tot die hypotheeken onderling zouden kunnen besluiten de rangorde te wijzigen zonder dat de eigenaar zijn medewerking verleent, of dat zij dit slechts kunnen mét diens medewerking In eerste instantie lijkt het geboden hem die de volgorde mede vaststelde ook bij de wijziging daarvan te betrekken Art 3 9 4 6 bepaalt 'Een vordering kan in een hypotheekakte een hogere rang worden toegekend dan ' Hieruit zou men kunnen afleiden, dat het Ontwerp-B W inderdaad de medewerking van de eigenaar verlangt, deze werkt immers mede aan de hypotheekakte

Toch zou in principe deze eis niet gesteld moeten worden Het argument daarvoor is, dat elke hypotheek een eigen bestaan leidt en ten volle werkt ten opzichte van een ieder, behoudens dat de rechten van een eventuele eerdere hypotheekhouder (of zakelijk gerechtigde) moeten worden ontzien Dat laatste is de enige beperking en zij geldt uiteraard alleen voor latere hypotheekhouders Is een eerdere hypotheekhouder bereid zijn rechten ten opzichte van een latere te laten varen, dan is hij daarin in principe vrij Hij is vrij zijn rechten ten volle uit te oefenen en de latere te negeren, evenzeer is hij in principe vrij dat niet te doen, slechts dient de wet een mogelijkheid te geven dit te realiseren

Toestemming van de eigenaar van het verbonden goed eisen voor het geval van rangwijziging betekent een onaanvaardbare inperking van de rechten van de hypotheekhouder Vergelijkbaar is het thans bestaande recht uit te winnen met in acht nemen en in stand laten van een na de hypotheek gevestigd zakelijk recht

Het ten aanzien van de medewerking van de eigenaar van het verbonden goed ingenomen standpunt zou tevens tot het antwoord in de tweede kwestie kunnen voeren In principe behoeft de eerste hypotheekhouder niet de toestemming of

1 Asser-Van Oven, p 229

2 Ook een eventuele borg of derde-hypotheekgever kan belang hebben bij de rangwisseling De eerste is beschermd door art 1885 en het is een aantrekkelijke gedachte deze regel ook op de derde-hypotheekgever toepasselijk te verklaren

medewerking van de tweede hypotheekhouder, wanneer hij ten opzichte van een derde hypotheekhouder zijn rechten wil laten varen; op grond van dezelfde argumenten is hij daartoe in beginsel vrij. Men moet evenwel bedenken, dat de derde hypotheekhouder, hoezeer hij ook op de eerste zou voorgaan, de rechten van de tweede hypotheekhouder moet ontzien! Betekent dit laatste, dat de derde hypotheekhouder bijvoorbeeld bij een rangregeling ten volle moet achterstaan bij de tweede? Zo ja, wat is dan nog de betekenis van een rangwisseling tussen de eerste en de derde hypotheekhouder? Zo nee, dan zal in ieder geval een praktische *modus* gevonden moeten worden waardoor de rechten van de tweede hypotheekhouder er niet 'op achteruitgaan'. In het laatste geval zou een figuur ontstaan waarbij de eerste hypotheekhouder derde wordt en de derde eerste; een omwisseling van rang dus.

Naar onze mening levert dit een weinig fraaie figuur op; een eerste hypotheekhouder die de derde laat voorgaan, maar een tweede hypotheekhouder die dit niet doet. Dit lijkt niet tegelijkertijd beide ten volle uitvoerbaar.

Maar wat geschiedt, indien men de gehele situatie transposeert naar het moment van uitwinning en ervan uitgaat, dat rangregeling tot stand komt? Dan zou deze vreemde figuur als volgt zijn op te lossen. De voor de eerste hypotheekhouder beschikbare verhaalsruimte, af te meten naar de grootte van zijn vordering op het moment van uitwinning, wordt beschikbaar gesteld aan de derde hypotheekhouder. Heeft deze daaraan voldoende, dan zal de eventueel resterende ruimte ter beschikking van de eerste hypotheekhouder komen, die voor het overige van zijn verhaal achter de tweede hypotheekhouder aansluit. Heeft de derde hypotheekhouder daaraan niet voldoende, dan zal hij voor het tekort achter de tweede hypotheekhouder moeten aansluiten.

Dit betekent dat de derde hypotheekhouder niet volledig eerste in rang is geworden, dan immers zou hij niet afhankelijk zijn van de grootte van de vordering van de eerste hypotheekhouder op het moment van uitwinning. Hij gaat echter wel rechten van de eerste hypotheekhouder uitoefenen<sup>1</sup> en in zekere zin gaat hij dus toch vóór op de tweede hypotheekhouder ofschoon hij deze moet ontzien. Daar steekt iets tegenstrijdigs in. Het is vreemd dat de derde hypotheekhouder bij een executie die na de rangwisseling plaatsheeft, dus nadat hij eerste in rang zou zijn geworden, toch nog afhankelijk is van de rechten welke de eerste hypotheekhouder op dat moment van executie heeft.

Het leidt ertoe dat na een dergelijke rangwisseling de rang van de eerste hypotheekhouder ten opzichte van de tweede anders is dan ten opzichte van de derde en de rang van de derde ten opzichte van de eerste anders dan ten opzichte van de tweede. Met andere woorden de hypotheekhouders 'een' en 'drie' hebben onderling een andere rangorde dan zij ten opzichte van 'twee' hebben. Men kan dan na die rangwisseling ook niet meer van één rangorde spreken.

De conclusie is dat een dergelijke rangwijziging met volledige handhaving van de rechten van de tweede hypotheekhouder, maar zonder diens medewerking,

1. De thans uitsluitend aan de eerste hypotheekhouder toegekende rechten, zoals uitwinning cf. art. 1223 lid 2 en het beding van niet-zuivering, worden algemeen of vervallen

slechts mogelijk is door middel van een gewrongen, onhanteerbare en onaanvaardbare constructie.

Dit brengt mij ertoe niet alleen uit overwegingen van overzichtelijkheid voor rangwijziging de toestemming van eventuele tussenliggende hypotheekhouders te eisen, doch vooral ook op grond van het feit, dat rangwijziging zonder diens toestemming een—gezien ons zakenrechtelijk systeem—juridisch-dogmatisch onaanvaardbare figuur zou opleveren. Bovendien: de huidige lichtingspraktijk brengt eenzelfde eis met zich zonder dat dit veel bezwaren schijnt op te leveren. Geeft ook de tussenliggende hypotheekhouder zijn medewerking, dan ontstaat één nieuwe rangorde waarbij de drie hypotheekhouders volledig op elkaar aansluiten en waarin de aanvankelijke derde volledig eerste is geworden ten opzichte van beide andere, met daarop aansluitend onmiddellijk de tweede en derde.

Deze eis klemt te meer, wanneer bij een regeling betreffende rangwisseling ook de zakelijke genotsrechten betrokken worden, iets wat voor de hand ligt en zeer gewenst is. Stel in de plaats van de derde hypotheekhouder een gerechtigde tot het recht van gebruik en bewoning, en laat de eerste hypotheekhouder met hem van rang verwisselen. De vreemde consequenties treden dan nog duidelijker aan het licht. Ook hier is met rangregeling, tenminste met een die mede gebaseerd is op de mogelijkheid geopend in art.3.9.4.12. lid 2 misschien wel een oplossing te geven. Maar de zojuist tegen rangwisseling tussen een eerste en derde hypotheekhouder zonder medewerking van de tweede hypotheekhouder, aangevoerde bezwaren zullen ook hier gelden. Bovendien, is het bij wisseling van rang tussen een eerste hypotheekhouder en een later zakelijk genotsgerechtigde niet juist begonnen om instandhouding van dat zakelijk genotsrecht?<sup>1</sup>

De tekst van art.3.9.4.6. slot dwingt niet tot de conclusie dat toestemming van de tweede hypotheekhouder of de als tweede gerangschikte zakelijk gerechtigde nodig is als de eerste en de derde van rang wensen te wisselen. Het artikel behoeft op dit punt verduidelijking. Zonder die medewerking moet rangwisseling onmogelijk zijn.

Het recht van huur levert een derde kwestie. Voor het huidige recht doen zich bij rangwisseling problemen voor indien er een huur bij betrokken is. Ook in het Ontwerp-B.W. zal huur op dit punt problemen blijven opleveren. Het huurbeding moge dan m.i. overbodig zijn mits men aan de regel van art.1612 een juiste uitleg geeft, daarmee is niet verdwenen het halfslachtige karakter van de huur. Ook in het Ontwerp-B.W. steekt het huurrecht zijn januskop op.

Wat betreft de rangwisseling zou het aanbeveling verdienen de huur daarin te betrekken, als consequentie van het deels zakelijke karakter van dat recht. Dit is mogelijk door in een aparte wetsbepaling ook met betrekking tot huur een soort rangwisseling mogelijk te maken in de vorm van toestemming tot huur. Administratief zou dit verwerkt kunnen worden door huur in te schrijven. De moge-

<sup>1</sup> Vgl. de Toelichting van Meijers op art. 3.9.4.12 lid 1, p. 285 waar gesproken wordt over toestemming van alle hypotheekhouders



lijkheid daartoe wordt geopend in art.3.1.2.2. lid 2.<sup>1</sup> Ook de toestemming kan dan worden ingeschreven. Publikatie is immers in dit geval gewenst en ligt ook in de lijn van een recht met zakelijk karakter.

Deze oplossing is een buitenbeentje. Dit kan ook niet anders zolang huur een buitenbeentje blijft.

### *De andere zakelijke rechten*

Art.3.9.4.6. beperkt zich tot rangwisseling tussen hypotheeken onderling, het geeft geen regel voor een onderlinge rangwisseling van hypotheeken en andere zakelijke rechten. Behoudens dat deze laatste in één aspect afwijken van hypotheeken, verschilt de laatstbedoelde rangwisseling niet wezenlijk van de lichte of rangwisseling tussen hypotheeken. Het Ontwerp-B.W. behandelt haar afzonderlijk in art.3.9.4.12. lid 1, waar een enigszins vergelijkbare regeling wordt gegeven om een later zakelijk genotsrecht (een 'ander beperkt recht') te kunnen laten voor gaan op een eerdere hypotheek. De oorzaak van deze gesplitste behandeling moet waarschijnlijk gezocht worden in de reeds vaker gesignaleerde idee dat hypotheek een apart zakelijk recht is en dus apart dient te worden behandeld, terwijl dan bovendien nog de nadruk wordt gelegd op de schuldang. Voorts heeft het gezien de huidige praktijk, die deze figuren noodgedwongen afzonderlijk behandelt, wel licht in de rede gelegen in het Ontwerp-B.W. afzonderlijke oplossingen te geven

Wanneer echter het Ontwerp-B.W. voor rangwisseling tussen hypotheeken onderling een nieuwe figuur hanteert, zoals deze hiervoor werd geïnterpreteerd, is er geen reden om niet van dezelfde figuur gebruik te maken voor de rangwisseling tussen hypotheeken en zakelijke genotsrechten. De regel van art.3.9.4.12. lid 1 leidt niet tot een ander resultaat; slechts bewandelt zij een andere weg. De door een hypotheekhouder volgens de regel van art.3.9.4.12. lid 1 gegeven 'toestemming' tot de vestiging van een later zakelijk genotsrecht geeft dat laatste als het ware een rang hoger dan die hypotheekhouder.

De regel beperkt zich onnodig tot zakelijke genotsrechten te vestigen na de betrokken hypotheek. Eenzelfde beperking als wij aantreffen in art.3.9.4.6. Evenmin als daar, is er hier reden voor een dergelijke beperking. Waarom zou wisseling niet mogelijk moeten zijn wanneer het latere zakelijk recht reeds gevestigd is? Slechts de quasi rangwisseling door middel van afstand van het recht op integrale uitwinning of door bij executie het latere recht te accepteren en te laten bestaan, moet onmogelijk zijn.

Ook het omgekeerde geval: een hypotheek gevestigd, of te vestigen na een zakelijk recht, wordt niet door art.3.9.4.12. lid 2 bestreken. Eveneens ten onrechte.

Tenslotte—doch dit ter zijde—is niet aangegeven hoe van die toestemming moet blijken.

De verdere problemen zijn nagenoeg dezelfde. Kan een eerste hypotheekhou-

1. Vgl. de Toelichting, p.175.

der met een als derde gerangschikt zakelijk genotsgerechtigde van rang verwisselen zonder de tweede hypotheekhouder, of in een ander geval: zonder een als tweede gerangschikte zakelijk genotsgerechtigde, erbij te betrekken? Art.3.9.4.12 laat deze mogelijkheid open. Dit is onjuist. De hiervoor tegen rangwisseling tussen een eerste en een derde hypotheekhouder zónder medewerking van de tussenliggende tweede hypotheekhouder aangevoerde bezwaren gelden hier evenzeer.

Niets verzet zich ertegen voor deze figuur van rangwisseling tussen een hypotheekhouder en een gerechtigde tot een ander zakelijk recht dezelfde eisen te stellen en haar op dezelfde wijze te regelen als hiervoor aangegeven voor rangwijziging tussen hypotheeken onderling. Daarmede zou aan de opgesomde bezwaren tegemoet gekomen worden door middel van een soepele, eenvoudige en systematische regeling.

### *Conclusie*

De bepalingen, welke het Ontwerp-B.W. geeft in art.3.9.4.6. voor rangwisseling tussen hypotheeken onderling en in art.3.9.4.12 voor rangwisseling tussen hypotheeken en andere beperkte rechten, dienen te worden vervangen door één algemene voor al deze gevallen geldende regeling.

Deze regeling zal zich niet behoeven te beperken tot die gevallen waarin sprake is van vestiging van een nieuwe hypotheek of vestiging van een ander beperkt recht. Ook zonder dat een dergelijke vestiging aan de orde is, zou rangwijziging mogelijk gemaakt kunnen worden.

Duidelijk zal in de algemene regeling naar voren moeten komen, dat rangwisseling tussen beperkt gerechtigden die in rang niet onmiddellijk op elkaar aansluiten, zonder medewerking van de tussenliggend gerangschikte(n) onmogelijk is.

Voorts moet duidelijk tot uiting komen, dat alleen door gebruikmaking van deze algemene regeling rangwijziging mogelijk is. De noodoplossingen door 'acceptatie vooraf'—afstand door de hypotheekhouder van het recht op integrale executie—of door acceptatie bij uitwinning—verkoop van het onderpand met in achtneming van het beperkt recht—zijn dan overbodig, en moeten onmogelijk zijn. Het zal onmogelijk moeten zijn dat bij uitwinning een beperkt recht dat niet gerangschikt is vóór alle hypotheeken blijft bestaan. Dit laatste is af te leiden uit de artt 3.9.4.12 en 3.9.4.21 en de toelichting op het eerstgenoemde. Enige verduidelijking zou echter niet misplaatst zijn.

Tenslotte zal een aldus opgezette algemene regeling voor rangwijziging en rangwisseling haar complement moeten vinden in een systeem van rangregeling en zuivering waarin hypotheeken en andere beperkte rechten beide kunnen worden opgenomen, zoals dit hiervoor werd beschreven.

### *Slotopmerking*

Na de conclusie past nog een opmerking omtrent huur en persoonlijke rechten. Voor zoveel betreft de zakelijke rechten lezen wij het Ontwerp-B.W., met name art.3.9.4.12. met de toelichting en art.3.9.4.21. in die zin, dat achterstaande beperkte rechten bij de uitwinning komen te vervallen. Ook werd opgemerkt, dat

eventueel naar analogie daarvan gesteld zou kunnen worden, dat ook een latere huur of persoonlijke rechten bij uitwinning komen te vervallen, respectievelijk niet kunnen worden geaccepteerd. Tevens werd echter gesteld, dat een afwijking van het algemeen geldende principe, dat ieder te eigen detrimente afstand van zijn rechten kan doen, moet steunen op een uitdrukkelijke wetsbepaling. Voor uitwinning door de hypotheekhouder valt een dergelijke afwijking betreffende beperkte rechten, zoals is betoogd, uit de wet en de toelichting te lezen. Voor semi-zakelijke rechten en persoonlijke rechten is dit niet uitdrukkelijk het geval.

Zou dit leiden tot de mogelijkheid bij uitwinning een huur te laten bestaan, of een persoonlijk recht op te leggen, dan ontstaat divergentie tussen de mogelijkheden ten aanzien van zakelijke rechten enerzijds en ten aanzien van de semi-zakelijke en persoonlijke rechten anderzijds. Voor de semi-zakelijke rechten als huur en pacht zou nog een oplossing gevonden kunnen worden door zoals hiervoor beschreven een soort rangwisseling mogelijk te maken en daarop aansluitend te bepalen dat een achterstaande huur bij uitwinning vervalt. Dan resten nog de persoonlijke rechten. Een oplossing zou zijn te bepalen dat deze niet kunnen worden opgelegd.

Men zou de gehele kwestie van het laten bestaan van zakelijke en semi-zakelijke rechten en het opleggen van persoonlijke rechten ook vanuit een ander gezichtspunt kunnen bezien en kunnen blijven uitgaan van de algemene regel dat in principe te eigen detrimente afstand gedaan kan worden van rechten. Aldus bezien zouden alle mogelijkheden bij uitwinning weer open zijn. Zou de wetgever de kwestie aldus willen regelen, dan zal het in ieder geval noodzakelijk zijn ten aanzien van de uitwinning kennisgeving aan belanghebbenden voor te schrijven en voor de laatsten de mogelijkheid te openen op voet van een regel als vervat in het huidige art.520 Rv. bezwaar te maken tegen de veilingcondities.

Daarnaast zou eventueel nog gesteld kunnen worden, dat een uitwinning met acceptatie van een achterstaand recht ten detrimente van een ander zakelijk gerechtigde niet oplevert een verkoop welke 'heeft plaatsgevonden met in achtname van de wettelijke voorschriften', zodat 'zuivering' niet kan plaatshebben (art.3.9.4.21.). Een soortgelijk argument dus als hiervoor voor het huidige recht gebruikt. Kwesties als afstand vooraf en toestemming tot belasting door de hypotheekhouder zullen dan echter blijven bestaan.

Le droit d'hypothèque est un droit réel; il se distingue cependant des autres droits réels, les droits réels de jouissance, par son contenu spécifique: procurer de la sûreté par une place privilégiée parmi les créanciers avec un nantissement spécial et continuellement recouvrable. Ainsi deux éléments d'origine différente: l'un du domaine de droit obligationnel et l'autre du domaine de droit réel, ont été réunis dans un seul droit. C'est pourquoi il y a une certaine tension qui comporte un nombre de problèmes spécifiques. Quelques-uns de ces problèmes sont sujets de cette étude; ils se rapportent tous à l'unique question: dans quelle mesure le droit d'hypothèque peut-il être considéré comme un droit qui a son propre caractère?

En traitant les questions nommées ci-dessus, le principe fondamental est que, généralement, ces questions deviennent plus claires et peuvent être résolues mieux si le droit d'hypothèque est inséré plus dans le cadre des droits réels qu'il n'en est le cas maintenant, c'est à dire: réunir dans un seul cadre le droit réel de sûreté, l'hypothèque et les autres droits réels. Il n'est pas utile de considérer le droit d'hypothèque comme un droit à part, plus que de rigneur, ni d'y donner plus de règles spéciales que ce n'est strictement nécessaire. Souvent, cela ne donne lieu qu'à des conflits.

Cela se manifeste déjà en traitant la question comment le droit d'hypothèque se constitue. Généralement, on distingue trois phases: la promesse d'hypothèque ou ce qui oblige autrement à consentement d'hypothèque, le 'consentement' d'hypothèque par acte notarié et enfin la 'constitution' par l'inscription aux registres publics.

La première phase mène à l'obligation de 'consentement' d'hypothèque, c'est à dire: au titre sur lequel le 'consentement' et la 'constitution' se basent. Une analyse de la pratique montre qu'il est difficile de s'imaginer un cas où un pareil titre manque. Cependant, la loi ne demande pas de titre; elle n'en demande pas non plus pour le consentement ni pour la constitution de droits réels de jouissance. Pourtant, on admet unanimement que, pour la constitution de droits réels de jouissance, les mêmes exigences doivent être formulées que pour le transfert de propriété de biens immeubles pour lequel la loi connaît, entre autres, une telle exigence de titre. Dans la théorie, on ne retrouve pas expressément ce raisonnement à l'analogie du transfert de biens pour la constitution d'un droit d'hypothèque. Toutefois, le 'consentement' et la 'constitution' d'une hypothèque devront s'appuyer sur un titre valable. L'unité du système de droit

\* Aan mevrouw Drs A. M. A. van der Grinten-Huysmans te Nijmegen ben ik veel dank verschuldigd voor de vertaling van dit résumé

réel le commande. Ce ne serait que pour des raisons spéciales qu'on pourrait dévier de cette unité. Comme une de ces raisons spéciales pourrait être considéré le fait que l'hypothèque est accessoire et que, par conséquent, elle n'aurait pas besoin de titre pour sa constitution en dehors de la relation à laquelle elle est accessoire. Ensuite, on pourrait poser qu'un titre ne peut être exigé parce que l'hypothèque ne comporte pas un 'déplacement de patrimoine', comme le font les droits réels de jouissance. Aucun des deux arguments ne suffit. Il est à remarquer que, dans la pratique, il est difficile de s'imaginer un cas où un titre manque. Il y aura toujours un titre et, s'il y en a un, ce titre devra être valable. C'est ainsi que l'exigence théorique posée ci-dessus n'est pas en contradiction avec la pratique. Les phases suivantes : le 'consentement' et la 'constitution' de l'hypothèque sont à peu près conformes au règlement des droits réels de jouissance, quoique les exigences formelles pour l'hypothèque soient plus sévères.

Dans l'ensemble, nous ne voyons pas de raison de dévier, pour l'hypothèque, de la règle qu'en principe il y a les mêmes règles pour la constitution de droits réels que pour la transmission de propriété.

Dans le Projet du Nouveau Code Civil (Projet C C), on n'a pas changé essentiellement le droit d'hypothèque actuel. Ce droit est traité, en même temps que gage, comme partie du 'droit réel de sûreté total' (gage et hypothèque) dans le Livre 3. Droit patrimonial en général. Une analyse des articles qui régissent la constitution, nous apprend que la conclusion faite ci-dessus pour le droit actuel est confirmée pour le droit futur dans le Projet C C.

Comme il a été remarqué plus haut déjà, en cas d'hypothèque, on fait rentrer dans un droit réel l'attribution d'une place privilégiée parmi les créanciers. Ceci comporte qu'il y a deux préférences dans le droit d'hypothèque : la place privilégiée parmi les créanciers et, de plus, le droit réel dans lequel on fait rentrer cette préférence, connaît sa propre préférence : le 'droit de préférence'. Autres que pour les droits réels de jouissance, on trouve dans la loi des articles spéciaux (art. 1226 et 1242) pour ce droit de préférence et aussi pour le droit de suite, tous les deux caractéristiques du droit réel. Ceci est peut-être dû à l'influence du droit français, où l'attribution d'une place privilégiée parmi les créanciers se faisait remarquer en opposition avec la situation dans le droit germanique et ancien-hollandais où l'élément réel était accentué. L'histoire nous apprend que, quelque point de départ qu'on choisisse, le droit d'hypothèque tend, d'après son caractère, à une combinaison des deux éléments suivants : le droit sur les biens engagés et la préférence parmi plusieurs créanciers qui, du reste, jouissent des mêmes droits. L'un est peu effectif sans l'autre. L'influence du point de départ français menait notre législateur à faire ressortir expressément qu'en cas d'hypothèque, il s'agit d'un droit réel. Dans le Code Civil, l'élément réel est mis au premier rang.

L'attribution d'une place privilégiée aux créanciers ne coïncide pas totalement avec cet élément réel, la préférence des créanciers ne coïncide pas avec le droit de préférence du droit réel. La responsabilité patrimoniale totale, prévue par la

loi dans l'article 1177, a changé, sur un point essentiel, l'idée d'hypothèque germanique qui partait d'une responsabilité réelle.

En étudiant certains problèmes de notre droit d'hypothèque, on doit tenir compte de ces deux éléments presque incompatibles. On devra concilier ces deux éléments le mieux possible.

Dans le Projet C.C. cette conciliation a été améliorée dans plusieurs articles. Parfois, c'est l'aspect réel qui se met au premier plan: art. 3.9.4.2 alinéa 3 et art. 3.7.1.8; parfois, c'est la préférence des créanciers: art. 3.9.4.12 et art. 3.9.4.4. On trouve aussi une amélioration dans l'article 3.9.4.12 pour le règlement de rang après éviction.

Cependant, il y a aussi des lieux où la conciliation laisse à désirer: art. 3.9.4.5 et la combinaison des articles 3.9.4.6 et 12.

En considérant la relation entre le droit d'hypothèque et les autres droits sur un même bien, il ne faut pas oublier que l'hypothèque est un droit réel. À l'égard des autres droits, il faut distinguer d'une part entre des droits personnels et réels, d'autre part entre des droits constitués avant et après l'hypothèque.

En principe, le droit réel d'hypothèque aura priorité sur les droits personnels attribués soit avant, soit après l'hypothèque. Cependant, d'après ce que l'on peut conclure de la jurisprudence pour d'autres cas, surtout le cas de transmission de propriété, il n'est pas impossible que le créancier hypothécaire doive tenir compte des droits personnels. L'acceptation d'une hypothèque, en opposition avec un droit personnel attribué antérieurement dont le créancier hypothécaire est au courant, ou l'exercice d'un droit d'hypothèque, en niant les droits personnels, peuvent fournir un fait illicite dans certaines circonstances. Il n'est pas impossible que, dans le premier cas, des dommages-intérêts soient imposés qui comportent l'extinction du droit d'hypothèque.

Les droits réels donnent moins de problèmes. S'ils ont été constitués *avant* l'hypothèque, le créancier hypothécaire y est tenu de rigueur. Si le droit réel est constitué *après* l'hypothèque, le créancier hypothécaire peut le nier en cas d'éviction. Dans certaines circonstances, cependant, ceci peut fournir un fait illicite.

Si un droit réel constitué *avant* l'hypothèque déchoit, le gage hypothécaire deviendra, en général, pleine propriété; c'est alors qu'en cas d'éviction le créancier hypothécaire peut vendre pleine propriété. S'il s'agit d'une extinction par confusion, le créancier hypothécaire n'en profite pas, soit que la confusion ait lieu chez le débiteur/nu-propriétaire, soit chez un tiers-possesseur.

Les droits réels, niés par le créancier hypothécaire en cas d'éviction, doivent être insérés, pour leur valeur contante, dans le règlement d'ordre. C'est ainsi que le jouissant d'un droit réel est traité conforme à la qualité de son droit – à l'analogie du règlement pour des hypothèques postérieures. Dans l'article 3.9.4.12 du Projet C.C., cela se fait *expressis verbis*. On doit l'accepter déjà pour le droit actuel.

La relation entre le droit d'hypothèque et le droit de bail est spéciale. L'article 1612 donne un caractère réel au droit personnel de bail. Son effet est plus fort que l'effet du droit personnel et – d'après ce que l'interprétation historique nous apprend – il est même plus fort que l'effet d'un droit réel. Le créancier hypothécaire n'est pas seulement tenu à un bail constitué *avant* l'hypothèque, mais aussi à un bail constitué *après* l'hypothèque. Comme on croyait que cela menait trop loin, le législateur a créé un moyen contre cette conséquence de l'explication en question. Dans l'article 1230, il donne au créancier hypothécaire le droit de se protéger contre le bail du gage par une condition spéciale dans l'acte hypothécaire.

Si le créancier hypothécaire constitue la clause de non-bail qui a droit de suite, il peut considérer un bail conclu contrairement comme si ce n'est pas plus qu'un droit personnel à caractère réel. La clause s'étend à tout ce qui doit être considéré comme partie de la relation de bail; en dehors de cette relation le créancier hypothécaire n'a pas besoin de cette clause.

Ainsi, la clause de l'article 1230 supprime une partie de l'effet de l'article 1612. Il serait plus juste, cependant, dans le Projet C C d'expliquer dans un sens moins large la règle, qui rentrera probablement, 'l'achat ne résilie pas le bail'. Une mesure spéciale contre cette règle, telle qu'on la trouve dans l'article 3948 du Projet C C, peut être supprimée dans ce cas-là.

Si le créancier hypothécaire va évincer, il est autorisé en principe à offrir le gage en vente dans l'état du moment de la constitution de l'hypothèque. Il peut nier totalement les droits personnels sur le bien et les droits réels constitués plus tard – y compris le bail contraire à une clause de non-bail – sauf la possibilité de fournir par cela un fait illicite dans des circonstances spéciales.

Le créancier hypothécaire n'est pas obligé de nier, ici, le principe que l'on est libre de renoncer à son droit à son propre détriment, est en vigueur. Les clauses de la vente par licitation sont décisives dans ce cas-là. Si, dans ces clauses, un bien libre et non grevé est offert, les droits, dont il a été question plus haut, n'existeront pas pour l'acheteur. Si le créancier hypothécaire veut accepter et laisser subsister un droit réel postérieur ou un bail contraire à une clause de non-bail, il devra vendre un bien grevé, respectivement un bien donné à bail. S'il veut accepter un droit personnel, il devra l'imposer explicitement à l'acheteur dans les clauses de la vente par licitation, il doit être considéré comme y étant autorisé à l'égard du propriétaire.

Ceci indique en même temps que c'est à bon droit que l'acheteur dépend tout à fait de la décision du créancier hypothécaire. Il achète ce que le créancier hypothécaire vend. Il n'a pas le droit d'agir lui-même contre des droits que le créancier hypothécaire laissait en paix. En cas de vente d'un bien non grevé, il peut effectuer une évacuation nécessaire en vertu de son droit de propriété. Il n'est pas juste de donner un droit spécial à l'acheteur lui-même. A cet égard, l'article 3948 du Projet C C est à rejeter. En acceptant ainsi des droits postérieurs, le créancier hypothécaire peut entrer en conflit avec d'autres ayants-

droit au bien en question qui ont un meilleur droit que celui que le créancier hypothécaire a accepté. Le dupé n'a pas de recours légal spécial. S'il est le second créancier hypothécaire, il pourrait reprendre éventuellement l'exécution, au reste, on est astreint à l'article 1401. Une solution de ce problème peut être cherchée dans un règlement pour un changement de rang d'avance, où les hypothèques, les autres droits réels et éventuellement même le bail sont mis en cause.

L'acceptation de droits personnels, cependant, donnera toujours des difficultés.

Pour un changement de rang entre les hypothèques elles-mêmes, la pratique actuelle connaît le soi-disant 'lichten' (= lever l'inscription pour une durée très brève afin de donner priorité à un créancier hypothécaire postérieur). Cette figure doit être acceptée comme étant légitimée par coutume. Elle peut être expliquée le mieux – contrairement à ce que l'on essaie souvent en vain – comme étant une figure nouvelle. Notre système de droit réel ne la connaît pas comme telle. Mais elle n'y est pas contraire. Cette figure consiste en une convention obligationnelle à changement de rang qui est réalisée par une rayure et inscription autres que la rayure et l'inscription normales. Ainsi l'emploi de cette figure pour changement de rang entre des hypothèques et des droits réels est admis.

Le Projet C.C. va dans cette direction, bien que la règle de l'article 3946 semble seulement légaliser la pratique actuelle. De plus, le Projet C.C. donne à tort des règlements séparés pour le changement de rang entre les hypothèques entre elles *et* entre les hypothèques et les droits réels.



## Enige afkortingen

A.A.	Ars Aequi, Juridisch Studentenblad
A.-G.	Advocaat-Generaal
A.M.v.B.	Algemene Maatregel van Bestuur
B.W.	Burgerlijk Wetboek
C.B. of Corr.Blad	Correspondentieblad van de Broederschap der Notarissen in Nederland
C.C.	Code Civil
H.R.	Hoge Raad
Ktr	Kantonrechter
Hand.N.J.V.	Handelingen van de Nederlandse Juristen Vereniging
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristen Blad
N.J.V.	Nederlandse Juristen Vereniging
Ontwerp-B.W.	Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek
Prfs.	Proefschrift
P.-G.	Procureur-Generaal
Rb.	Arrondissements-Rechtbank
R.M.Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis, Tijdschrift voor Publiek- en Privaatrecht
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
S.	Staatsblad
Themis	Themis, Verzameling van bijdragen tot de kennis van het Publiek- en Privaatrecht
W.	Weekblad van het Recht
W.(v.)N.R.	Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie

Wanneer niet anders is vermeld, worden met aangehaalde artikelen steeds artikelen uit het Burgerlijk Wetboek bedoeld.

# Belangrijkste verkort aangehaalde literatuur

Asser, Vergelyking	Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon; nagelaten werk van Mr Carel Asser, tweede druk, 's-Gravenhage en Amsterdam 1838
Asser	Mr. C Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands burgerlijk recht
Asser-Beekhuis I	idem, Tweede Deel – Zakenrecht, negende druk, bewerkt door Mr J H Beekhuis, Algemeen Deel, Zwolle 1957
Asser-Beekhuis II	idem, Tweede Deel – Zakenrecht, negende druk, bewerkt door Mr. J. H. Beekhuis, Bijzonder Deel, eerste stuk (art. 625-875), Zwolle 1963
Asser-Kamphuisen	idem, Derde Deel – Verbintenissenrecht, derde stuk, Bijzondere Overeenkomsten, derde druk, bewerkt door Mr P. W. Kamphuisen, Zwolle 1960
Asser-Van Oven	idem, Tweede Deel – Zakenrecht, negende druk, Bijzonder deel, tweede stuk (zekerheidsrechten), bewerkt door Mr. A van Oven, Zwolle 1967
Asser-Rutten I	idem, Derde Deel – Verbintenissenrecht, eerste stuk, De Verbintenis, derde druk, bewerkt door Mr. L. E. H. Rutten, Zwolle 1967
Asser-Rutten II	idem, Derde Deel – Verbintenissenrecht, tweede stuk, De Overeenkomst en de Verbintenis uit de wet, derde druk, bewerkt door Mr. L. E. H. Rutten, Zwolle 1968
Asser-Scholten	idem, Tweede Deel – Zakenrecht, achtste druk, bewerkt door Mr. Paul Scholten, Zwolle 1945
Broekema, Bundel Onroerend Goed	Mr. H. Broekema jr, Hypotheek en zakelijk recht, opstel in: Onroerend Goed, Opstellen geschreven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van de Broederschap der Notarissen in Nederland onder redactie van Mr. Ph. A. N. Houwing, Deventer 1968, p. 1 e.v.
De Bruijn, R M.Themis 1961	Mr. A R. de Bruijn, Het huurbeding in hypotheekakten naar huidig en toekomstig recht, R.M.Themis 1968, p. 98 e v
Diephuis 1848	Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, door Mr G. Diephuis, Groningen 1848

Diephuis	Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, door Mr. G. Diephuis, Groningen 1869-1890
Drion c.s. Onrechtmatige Daad	Onrechtmatige Daad, onder redactie van prof. mr. H. Drion, losbladige uitgave, Deventer (sinds 1964)
Eggens, Themis 1921	Mr. J. Eggens, Strekking en werking van art. 1230 B.W., Themis 1921, p. 207 e.v.
Herman	A. Herman, Het karakter van ons hypotheekrecht historisch beschouwd, Prfs. Amsterdam (G.U.) 1914, Amsterdam 1914
Hofmann	Dr. L. C. Hofmann, Het Nederlandsch Zakenrecht, derde druk, Groningen 1944
Hofmann-Van Opstal	Dr. L. C. Hofmann, Het Nederlands Verbin- tenissenrecht, De Algemene Leer der Ver- bintenissen, Eerste Gedeelte (artt. 1269-1387 B.W.), bewerkt door Mr. S. N. van Opstal, achtste druk, Groningen 1958
Hoorweg, Preadvies N.J.V. 1930	Voldoet de regeling van het hypotheekrecht op onroerende zaken aan de behoeften? Zo neen, welke wijzigingen moeten hierin worden aan- gebracht? I Praeadvies van Mr. P. R. Hoorweg, uitgebracht voor de N.J.V., Hand.N.J.V. 1930 I (Eerste Stuk)
Klaassen-Eggens-Luijten	Klaassen-Eggens, Huwelijksgoederen- en erf- recht, Eerste Gedeelte: Huwelijksgoederen- recht, door Mr. E. A. A. Luijten, Zwolle 1964
Land III	Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, door Mr. N. K. F. Land, derde deel, tweede druk, Haarlem 1902
Leopold, preadvies N.J.V. 1930	(zie Hoorweg) II Praeadvies van Mr. J. Leopold, uitgebracht voor de N.J.V., Hand.N.J.V. 1930 I (Eerste Stuk)
Van Lier, preadvies Not. 1924	Zijn de hypotheekhouders, in verband met de in huurcontracten voorkomende bedingen, vol- doende beschermd door de bepaling van arti- kel 1230 van het Burgerlijk Wetboek? Prae- adviezen uitgebracht door G. Vlug en Mr. A. J. S. van Lier voor de Broederschap der Notarissen in Nederland, Corr.Blad mei 1924
Maeijer, preadvies C.N. 1966	Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbinte- nissen (huidig en wordend recht). Praeadviezen uitgebracht door Prof. Mr. J. M. M. Maeijer en J. Th. Smalbraak, voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1966
Meijers, Alg.Begr.	Algemene Leer van het burgerlijk recht, Deel I, De algemene begrippen van het burgerlijk

	recht, door Prof Mr. E. M. Meijers, Leiden 1948
Van Nierop	Hypotheekrecht, door Mr. A. S. van Nierop, tweede druk, Zwolle 1937
Opzoomer	Het Burgerlijk Wetboek verklaard, door Mr. C. W. Opzoomer, vierde deel, tweede druk, Amsterdam 1879
Pitlo	Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, door Prof. Mr. A. Pitlo, vijfde druk, Haarlem 1965
Pitlo, Bundel Onroerend Goed	Prof. Mr. A. Pitlo, Na 3 maart 1905, Opstel in: Onroerend Goed (zie Broekema), p. 229 e.v.
Schermer-Eggens	Ontwerpen van Notariële Akten, van J. P. W. Schermer, opnieuw bewerkt en aangevuld onder redactie van Mr. G. J. H. Kuyk, Vierde Deel, Derde Gedeelte (Pandrecht en Hypotheek) door Mr. J. Eggens, vierde druk 1928, vijfde druk 1936, Arnhem; tenzij anders vermeld is de vijfde druk geciteerd
Smalbraak, preadvies C. N. 1966	Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen (huidig en wordend recht) (zie Maeijer)
Suyling V	Inleiding tot het Burgerlijk Recht, door J. Ph. Suyling, 5e stuk, zakenrecht, Haarlem 1940
Talsma	Onze zogenaamde zakelijke zekerheidsrechten, Proeve ener Publicatietheorie, J. Talsma Jz., Prfs. Groningen 1930
Veegens-Pitlo	Mr. J. D. Veegens – Mr. A. Pitlo, Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, deel II, Zaken- en Erfrecht, vierde druk, Haarlem 1941 (zie van Lier)
Vlug, preadvies Not. 1924	Nederlands Burgerlijk Recht, door Mr. Dr. H. F. A. Volmar, tweede deel, Zaken- en Erfrecht, tweede druk, Zwolle 1951
Volmar	Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetboeken, door Mr. J. C. Voorduin, Utrecht 1837–1841
Voorduin	

# Jurisprudentieregister

## Pagina('s)

### HOGHE RAAD

14 april	1843	W.	389		128
13 april	1860	W.	2162		97
7 november	1862	W.	2431		26
28 oktober	1870	W.	3265		10
7 november	1873	W.	3654		100
14 mei	1875	W.	3853		26
4 november	1886	W.	5354		68
13 oktober	1892	W.	6251		19
20 april	1900	W.	7435		61, 74, 75, 78
3 maart	1905	W.	8191		67
16 april	1908	W.	8705		15
27 juni	1913	N.J.	1913 p. 868	W. 9538	15, 62, 65
3 april	1914	N.J.	1914 p. 661	W. 9688	15
10 april	1924	N.J.	1924 p. 584	W. 11294	62, 117
30 mei	1924	N.J.	1924 p. 839	W. 11256	97, 100, 111
29 december	1933	N.J.	1934 p. 343	W. 12732	103
13 februari	1936	N.J.	1936 no. 443		103
10 juni	1938	N.J.	1939 no. 411		61
9 februari	1939	N.J.	1939 no. 865		30
15 maart	1940	N.J.	1940 no. 848		96, 103, 114, 115, 120
7 juni	1946	N.J.	1946 no. 465		18, 128
5 mei	1950	N.J.	1951 no. 1		30
21 november	1952	N.J.	1953 no. 574		21
25 februari	1955	N.J.	1955 no. 711		10
6 april	1956	N.J.	1957 no. 479		118
2 november	1956	N.J.	1958 no. 398		142
30 november	1956	N.J.	1957 no. 81		19
19 februari	1960	N.J.	1960 no. 473		58
11 maart	1960	N.J.	1960 no. 261		58, 60, 63
3 januari	1964	N.J.	1965 no. 16		58
24 januari	1964	N.J.	1964 no. 450		96, 98, 100
1 mei	1964	N.J.	1965 no. 339		75
4 juni	1965	N.J.	1965 no. 381		58
17 november	1967	N.J.	1968 no. 42		57, 58, 59, 60

### HOOGERECHTSHOF BATAVIA

10 maart	1937	Ind. Tijdschrift v. h. Recht	145 p. 744	100, 115
----------	------	------------------------------	------------	----------

### HOF AMSTERDAM

29 juni	1911		W. 9290	100
15 december	1922	N.J.	1923 p. 510	116, 118

			pagina('s)
14 oktober	1927	W. 11742	17, 20
3 februari	1932	W. 12438	23
7 februari	1952	N.J. 1952 no. 446	21
<b>HOF ARNHEM</b>			
29 juni	1937	N.J. 1938 no. 179	21
<b>HOF 'S-GRAVENHAGE</b>			
17 november	1924	W. 11432	117
27 oktober	1930	N.J. 1931 p. 360 W. 12374	115, 120
<b>HOF 'S-HERTOGENBOSCH</b>			
3 november	1903	W. 8016	100
30 maart	1917	N.J. 1917 p. 1154	100
12 februari	1924	W. 11166	100
<b>HOF LEEUWARDEN</b>			
19 februari	1908	W. 8651	68
12 juni	1940	N.J. 1941 no. 131	117
<b>RECHTBANK AMSTERDAM</b>			
2 februari	1922	W. 11099	116
10 november	1924	N.J. 1925 p. 516	17, 20
13 januari	1926	N.J. 1926 p. 1196	117
17 maart	1930	W. 12176	120
30 juni	1966	N.J. 1967 no. 300 kort geding	117
<b>RECHTBANK ARNHEM</b>			
21 september	1922	N.J. 1922 p. 1077	118
6 mei	1926	N.J. 1927 p. 631 W. 11554	117
9 april	1936	N.J. 1936 no. 791	118
<b>RECHTBANK ASSEN</b>			
9 april	1929	W. 12051	117
<b>RECHTBANK DORDRECHT</b>			
2 februari	1916	N.J. 1916 p. 537 W. 10122	117
11 november	1964	N.J. 1965 no. 418 kort geding	119
<b>RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE</b>			
22 april	1920	N.J. 1920 p. 856	117
26 april	1950	N.J. 1951 no. 117	118
27 april	1965	N.J. 1966 no. 154 kort geding	117
<b>RECHTBANK GRONINGEN</b>			
27 april	1928	N.J. 1928 p. 1181 W. 11853	117

			pagina('s)
<b>RECHTBANK HAARLEM</b>			
23 februari	1932	N.J. 1932 p. 602	117
<b>RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH</b>			
28 maart	1924	N.J. 1924 p. 1187	117
11 november	1938	N.J. 1940 no. 976	117, 118
4 november	1968	N.J. 1969 no. 238 kort geding	117
<b>RECHTBANK LEEUWARDEN</b>			
27 april	1893	W. 6431	120
22 februari	1940	N.J. 1940 no. 964	117
<b>RECHTBANK MAASTRICHT</b>			
3 januari	1924	N.J. 1924 p. 193 W. 11162	115, 118, 120
23 november	1939	N.J. 1940 no. 337	118
23 oktober	1941	N.J. 1943 no. 34	15
<b>RECHTBANK ROTTERDAM</b>			
8 november	1920	N.J. 1921 p. 1196	117
14 mei	1923	W. 11112	117
24 september	1923	N.J. 1924 p. 194	117
28 april	1924	W. 11219	94
<b>RECHTBANK TIEL</b>			
26 augustus	1925	N.J. 1926 p. 1216	100
<b>RECHTBANK UTRECHT</b>			
11 januari	1911	W. 9185	100
30 mei	1923	W. 11236	117
7 oktober	1925	N.J. 1926 p. 663	100
25 mei	1927	N.J. 1929 p. 1006	117
20 maart	1929	N.J. 1930 p. 221 W. 12036	130, 131
22 oktober	1936	N.J. 1937 no. 1166	117, 118, 120
<b>KANTONGERECHT EINDHOVEN</b>			
26 februari	1953	N.J. 1954 no. 325	115
<b>KANTONGERECHT NIJMEGEN</b>			
11 november	1966	N.J. 1967 no. 463	115

# Stellingen

1. Een opzegbaar huwelijk is maatschappelijk onaanvaardbaar. Voor echtscheiding en de te handhaven mogelijkheid van scheiding van tafel en bed verdient invoering van één algemene grond: duurzame ontwrichting van het huwelijk, aanbeveling.
2. De curator in het faillissement van de ene echtgenoot behoeft niet de toestemming van de andere echtgenoot, bedoeld in art. 88 B.W., indien hij wenst over te gaan tot verkoop van een tot het vermogen van de failliet of tot de huwelijksgemeenschap behorende, door de echtgenoten tezamen, of door de andere echtgenoot alleen, bewoonde woning. Het verdient aanbeveling dit uitdrukkelijk in de wet vast te leggen.
3. De *mening van A. van Oven (Asser-van Oven, p. 141/142)* dat bij een krediethypotheek het hypotheekrecht eerst ontstaat – zij het met terugwerkende kracht – bij het ontstaan van een vordering, is onjuist. Zolang geen vordering aanwezig is, kan slechts het hypotheekrecht niet worden uitgeoefend.
4. De door Asser-Meijers-van der Ploeg (p. 327) gegeven omschrijving van boedelscheiding welke door de Hoge Raad in zijn arrest van 20 juni 1951, N.J. 1952, no. 559 wordt gevolgd, omvat ten onrechte ook een verkoop door de gezamenlijke deelgenoten aan een derde, dit in tegenstelling tot de omschrijving gegeven in art. 3.7.1.11 van het Ontwerp-B.W.
5. Mede teneinde te voorkomen dat voor bewoning geschikte panden leeg blijven staan, omdat de eigenaren terugschrikken voor verhuur wegens de in haar algemeenheid te ver gaande huurbescherming, verdient het aanbeveling deze huurbescherming af te schaffen, echter niet zonder gelijktijdige invoering van wettelijke garanties dat ook ten aanzien van een voor onbepaalde tijd aangegane huur een ruime opzegtermijn – minimaal een half jaar – zal gelden.
6. Het verdient aanbeveling het gebruik van privaatrechtelijke termen als eigenaar, erfpachter e.d. in de kadastrale leggers te vermijden, aangezien dit gebruik ten onrechte een privaatrechtelijke betekenis van de kadastrale legger suggereert. Dit klemt temeer waar ingevolge art. 487 Kadastrale Instructie overboeking tussen in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten kan plaats hebben op grond van slechts een overeenkomst houdende bestuursoverdracht.



7. Outside aandeelhouders die een minderheid vormen in een afhankelijke vennootschap binnen concern-verband, dienen beter dan thans het geval is, door wettelijke bepalingen te worden beschermd.

8. Het verdient aanbeveling de in de successiewet voorkomende vrijstellingen te indexeren en te koppelen aan een index samenhangende met de geldontwaarding. Zou de huidige algemene vrijstelling van *f* 2000 worden aangepast bij de plaats gehad hebbende geldontwaarding, dan zou deze moeten worden opgetrokken tot *f* 8320.

(1917 = 100, aug. 1970 = 416, gegevens Centraal Bureau voor de Statistiek.)

9. Het verdient aanbeveling het Ontwerp-B.W. te betrekken bij het onderwijs in het Burgerlijk Recht, niet alleen teneinde de student vertrouwd te maken met hetgeen wellicht komend recht is, maar vooral ook uit rechtsvergelijkend oogpunt.

10. Formaat en opmaak van het W.P.N.R. dienen niet te worden gewijzigd.

11. De bomen langs de Oranjesingel en op het Keizer Karelplein te Nijmegen mogen niet aan het verkeer worden geofferd. De oplossing voor het doorgaand verkeer moet gezocht worden in een rondweg via een brug over de Waal ten westen van de stad.



ISBN 90 6000 057 9